Law Reform Commission of Canada

Working Paper 15

CRIMINAL PROCEDURE

control of the process

1975

© Crown Copyrights reserved
Available by mail from Information Canada, Ottawa, K1A 0S9
and at the following Information Canada bookshops:

HALIFAX
1683 Barrington Street

MONTREAL
640 St. Catherine Street West

OTTAWA
171 Slater Street

TORONTO
221 Yonge Street

WINNIPEG
393 Portage Avenue

VANCOUVER
800 Granville Street

or through your bookseller

Price: Canada: $2.00
Other Countries: $2.40

Catalogue No. J32-1/15-1975

Price subject to change without notice

Information Canada
Ottawa, 1976

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman

Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman

Dr. J. W. Mohr, commissioner

Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Research Personnel

Jerome Atrens, B.A., B.C.L., Director

Louise Arbour, B.A., LL.L.

Table of Contents

	PAGE
PART I: A Procedural Perspective	1
PART II: Some Basic Characteristics of the Present System	5
(a) Trial Procedure	5
(b) The Charging Process	6
(c) The Prosecutorial Status of the Attorney General and His Agents	10
(d) Powers of the Attorney General and His Agents	12
(e) Control of the Discretionary Powers of the Crown	17
PART III: The Search for a Rationale	21
(a) Arguments in Support of the Powers of the Crown	21
(i) Administrative Necessity and Convenience	21
(ii) The Adversary System and Judicial Impartiality	22
(iii) Constitutional Principles and Conventions	23
(b) Arguments in Support of Judicial Control	25
(c) Fundamental Goals and Principles	29
(d) Redefining the Roles of the Crown and the Judiciary	32
PART IV: Basic Issues	39
(a) Introduction	39
(b) Federal and Provincial Responsibilities	39
(c) Restructuring the Charging Process	40
(d) Plea Bargaining	44
(e) Private Prosecutions	49
(f) The Personal Responsibility of the Attorney General	51
(g) Restricting Crown Discretion	55
PART V: Conclusion	59

I A Procedural Perspective

Definitions make dull beginnings. They also confuse. So we shall not long detain the reader in an unrewarding and impossible search for a precise definition of the phrase, "criminal procedure". In its broadest sense, the procedural part of the criminal law is concerned with methods by which the state, through its officials and institutions, reacts to a violation of the prohibitions of the criminal law. The field of criminal procedure is, therefore, both broad and complex. It encompasses such matters as police powers, bail, legal representation, collection and presentation of evidence, trials and appeals. On such diverse and important topics there is much that can be said; there is much that we do not know, and there is much further research to be done.

Society responds to crime in many ways. The method that most readily comes to mind is the traditional prosecution in which the trial plays the central role. The majority of criminal incidents, however, do not result in trials. The commission or suspected commission of an offence does not automatically bring into operation the trial or any other standard, predetermined procedure. The mode of reaction to an offence will depend on a multitude of factors, including the decisions made by the various actors in the process: victim, offender, police, justices of the peace, prosecutors, judges, correctional authorities and others. A thorough understanding of crime and of our reaction to it demands an appreciation of all the factors that determine the methods of dealing with crime and criminals. Such a wide ranging study of law, society and human behaviour will not be attempted in this Paper.

Our scope of inquiry is much less ambitious, and will deal with what may be loosely described as the official reaction to crime by agents and institutions of the state. Even thus restricted the topic remains one of unmanageable size, offering a variety of approaches for discussion. One could examine the basic steps in a standard prosecution, or the fundamental rights of an accused. A Working Paper structured along those lines would be a profitable exercise. We have, however, chosen a different perspective from which to view what we conceive to be fundamental issues in Canadian criminal procedure. We have selected the control of the process as the focus of our discussion.

The process that we shall examine is the Criminal Code procedure for the prosecution of federal crimes. Procedure in relation to juvenile offenders, which raises difficult and specialized problems, will not be discussed. Non-prosecutorial methods of disposition are excluded from our discussion except in so far as they relate to our central theme. In previous Working Papers we have recommended that whenever possible non-prosecutorial methods of disposition should be used. We nevertheless feel justified in assuming that the traditional type of prosecution will continue to be a significant feature of our criminal justice system, and therefore an appropriate subject for separate discussion.

By "control" we mean the power to select or direct the procedures that determine the course of a case through its various stages.

The emphasis will be on the division of responsibility between the Crown and the judiciary. We shall make only incidental reference to other participants in the process, such as, the victim, the offender, witnesses, the jury, the police and justices. Some of these persons do not control procedure, and hence an examination of their roles is not essential for the purposes of this Paper. The jury, for example, decides the ultimate issue of guilt or innocence, but has no authority to direct the procedure at trial. Others, such as the police and the accused, exercise considerable control over procedure. Police enforcement and charging practices are among the most significant factors influencing the manner in which criminal justice is administered. The decisions of the accused may

also control procedure. His plea of not-guilty, for example, amounts to a demand that the Crown prove the charge; he thus asserts his right to a trial and to the procedural safeguards associated with it. In order to limit the size and complexity of this Paper we shall not undertake a detailed discussion of the procedural control exercised by persons other than the Crown and the judiciary.

We attach fundamental significance to the issue of the allocation of the power of control between the judiciary and the Crown for a variety of reasons. It raises matters of constitutional importance. It clarifies the discretionary aspects of the administration of justice, and places in proper context our proposals in previous Working Papers relating to the exercise of this discretion. The issue of control also has a direct bearing on a host of other issues, such as the rights of the victim and of the accused.

The present law does not have a coherent theory or practice governing the division of responsibility between the Crown and the courts. Statutory rules and judicial pronouncements deal with the issue of control in a piecemeal fashion with no readily discernable guiding philosophy. Answers to the basic questions posed by the central theme of this Paper must, therefore, be extracted by examining various features of the criminal process. We begin this task in Part II with a discussion of the basic characteristics of our procedural law and practice that have the most direct bearing on the role of the Crown and the courts. In Part III we shall explore the rationale behind these characteristics, and propose a theoretical basis for the allocation of responsibility. The conclusions thus formulated will then be applied in the discussion of specific problems in Part IV.

II Some Basic Characteristics of the Present System

(a) Trial Procedure

Although only a minority of criminal incidents go to trial, the trial process exercises an influence on many aspects of procedure. This is especially true of the manner in which authority over the conduct of a case is divided between the judiciary and prosecution.

Our criminal trial is an adversary proceeding. In several respects it differs from the adversary system in civil cases. As we shall explain in greater detail in the next Part, some of these differences flow from the Crown's non-adversarial, quasi-judicial role as the impartial representative of the public welfare in the administration of criminal justice. Also, the heavy burden of proof imposed on the Crown, and the accused's right of silence enable the accused to play a less active part in the proceedings than the typical defendant in a civil suit. Nevertheless, as we explained in our Working Paper on *Discovery*, the criminal trial, like the civil trial, is structured as a dispute between two sides, the Crown and the accused. The formulation of the legal and factual issues in the dispute and the presentation of the evidence on those issues is the responsibility of the parties, a task that primarily falls to the prosecution. Apart from ensuring that the rules of procedure are observed by the contestants, the judge does not play an active role in the definition or presentation of the dispute. His is the task of rendering a decision on the issues before him. The assumption is that the quality of justice administered by the court is measured not merely by the wisdom of the judge but also by his impartiality.

In the trial context, this means that the judge must not espouse the cause of either contestant. If he has any "cause" it is not one that identifies him with one of the parties; it is rather the more abstract goal of administering justice according to law.

In so far as we are committed to the adversary system we are also committed to the concept of judicial impartiality, and this in turn, as we shall explain in Part III, places limitations on judicial authority.

(b) The Charging Process

A criminal prosecution is not an open-ended inquiry into the conduct of the accused to ascertain whether or not he has indulged in undesirable behaviour. The principle of legality as applied in our adversary system restricts the scope of a prosecution through two fundamental rules. First, no one may be prosecuted except for an offence created by statute or by statutory authority. Secondly, and more significantly for present purposes, an offender may only be brought to trial and convicted for the offences specified (or included) in the charge laid against him. Thus, if a person is charged with, and tried for, assault, and the evidence proves not assault but theft, he must be acquitted. Hence the charge is the basis for determining all issues in the proceedings. Control of the charging process is, therefore, of crucial importance.

It would be perfectly consistent with the model of the adversary system presented above to state that charging decisions are the responsibility of the Crown. Our law and practice do not, however, present so simple a solution. Responsibility for charging decisions is in fact dispersed in such a manner as to defy either brief description or easy rationalization. In part, the complexity of the present arrangement is the product of history; its retention perhaps represents an instinctive reluctance to bestow upon any one individual or authority the broad powers inherent in the charging process.

To understand the charging process one must understand the nature of the document known as the "information", and the procedures associated with it. The "charge" is synonymous with the information, except in the relatively few cases tried in higher courts, where the accused will be tried on an indictment; but even these cases are, in the absence of a "direct" indictment, commenced by an information. Apart from invoking certain methods of compelling the appearance of the accused, the laying of an information is generally the first formal step in the launching of a prosecution. In cases where there is no indictment, the information is the document that specifies the offences with which the accused is charged; it is the basis for the court's jurisdiction over the accused; and it is the basis for formulating the legal and factual issues.

Under the Criminal Code, "Any one who, on reasonable and probable grounds, believes that a person has committed" an offence may lay an information before a justice.* The laying of the information before a justice is simply the process whereby the accuser swears before the justice his belief in the truth of his allegation that the accused has committed the offence described in the document.

Thus the theory expressed in the Code is that this initial step in the charging process is the act of an individual and not of the state, the only exceptions being a relatively few instances where by statute, the consent of the Attorney General, or some other designated official is required to institute proceedings. In practice, there is a form of official intervention in the laying of the information in that the majority of charges are laid by police.

The information does not acquire the status of an enforceable charge, or, to put it another way, a prosecution is not officially commenced until a justice exercises his Code jurisdiction, after hearing the allegations of the informant and such other witnesses as he deemed desirable, to determine whether or not a case is made out for compelling the appearance of the accused to answer the charge. Where he considers that a case has been made out on

---

* "Justice" is defined in s. 2 of Code as "a justice of the peace or a magistrate"; "magistrate" includes, *inter alia*, a judge of the sessions of the peace and a provincial court judge. In most jurisdictions informations are laid before justices of the peace.

the basis of the allegations of the informant or other witnesses he will issue a summons or warrant or confirm the appearance notice, promise to appear, or recognizance, as the case may be. At this point the procedure is no longer merely the allegation of a private citizen; the justice has invoked the authority of the state to command the appearance in court of the accused. Thus, for example, when a justice issues a summons the operative words commence with the statement, "This is therefore to command you, in Her Majesty's name to attend court" at a specified time and place.

The accepted theory is that the justice at this stage is acting in a judicial capacity, and that the procedure outlined above is designed to ensure that no one is arrested under warrant or otherwise compelled to appear before a court in the absence of a judicial determination to that effect. In actual practice this stage in the process is little more than an administrative act; seldom does the justice hear allegations other than those of the informant. When he does exercise his discretion to hear other witnesses, the hearing (*pré-enquête*) is conducted in the absence of the accused and hence the justice is unlikely to receive either a complete or an unbiased version of the facts.

Only in relation to indictable offences, other than those tried summarily, does the Code confer specific, although not exclusive, charging authority on the Crown. In the ordinary course of events a trial on indictment in higher courts will be preceded by a preliminary inquiry into the charges in the information. If the accused is committed for trial an indictment must be preferred by the proper authority before trial. If the accused has elected trial by judge alone the indictment "shall be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person who has the written consent of the Attorney General, and in the Province of British Columbia may be preferred by the clerk of the peace". For jury trials the indictment may be preferred by the Attorney General or his agent, by any person with the written consent of a judge of the court or of the Attorney General, or by order of the court. The power to indict bestowed on the trial court has theoretical implications that are difficult to reconcile with the model of the adversary process presented above. The right of any

person to prefer an indictment with the consent of the Attorney General or of the court enables a private prosecution on indictment. In the vast majority of cases, however, indictments are preferred by agents of the Attorney General.

In non-grand jury jurisdictions, the preferring of the indictment by the proper authority is all that is necessary to confer jurisdiction to try the accused. In provinces that still retain the grand jury, the indictment is preferred before the grand jury, and the finding of a true bill by the grand jury is required in order to bring the accused to trial. In practice, the grand jury seldom refuses to return a true bill, so that the charging decision is in reality that of the authority who preferred the indictment, usually the agent of the Attorney General.

The statutory authority of the Attorney General with respect to preferring indictments is relevant only in that small percentage of indictable offence cases where the trial is to be by judge alone or by judge and jury. The vast majority of indictable offences are tried in "summary trials" by courts exercising the jurisdiction of a magistrate* under Part XVI of the Code. For these cases and for all summary conviction matters the charge is embodied in the information.

Where then does the Crown, represented by the Attorney General and his agents, fit into the process of laying an information? As noted above, the Code is silent on this matter, except in the rare instances where the consent of the Attorney General is required for the initiation of a prosecution. The involvement of the Crown in charging decisions prior to court appearance depends more on local law and practice than on rules of criminal procedure. The ministerial responsibility for the police possessed by some provincial Attorneys General enables them to exercise some influence over police charging policy, but this will seldom

---

* The judicial officer exercising the jurisdiction of a magistrate in the summary trial of indictable offences is a provincial appointee and his official title varies from province to province: "magistrate", "judge of the Magistrates' Court", "provincial court judge", or "judge of the sessions of the peace" are the titles in current use. In the Province of Quebec a judge of the sessions of the peace may exercise the Part XVI jurisdiction of either a magistrate or of a judge without a jury. In other provinces those exercising the jurisdiction of a magistrate do not have the authority to exercise the Part XVI jurisdiction of a judge without a jury.

take the form of instructions on individual cases. In the majority of cases, the involvement of the Crown in charging decisions will depend upon the working relationship between local Crown counsel and the police. In many large, urban areas, initiation of the prosecution is primarily a police function; the Crown prosecutor will be consulted only in cases of exceptional importance or difficulty. In other areas consultation with the Crown prosecutor prior to the laying of charges is the standard practice.

Where charging decisions are left to the police, it may be difficult for the prosecuting lawyer to exercise properly his responsibilities for the conduct of the case, especially if, as frequently occurs, he is not briefed on the case before the first court appearance. If charges have been laid on insufficient evidence, the wrong charge is laid, the form of the charge is defective, or for any other reason the police have made an incorrect charging decision, the prosecutor will have no opportunity to correct the mistake until court appearance, either in the pre-trial or trial stages. That the law should permit this is strange in view of the importance of the charge in all stages of a prosecution.

(c) The Prosecutorial Status of the Attorney General* and His Agents

All crimes are in theory offences against the state, represented by the Crown. The English common law tradition does not, however, reserve the right of prosecution to agents of the Crown; tradition recognizes not only the privilege but also the duty of a citizen to bring the offender to justice. In the 19th century, Stephen summarized the position as follows:

> In England, and, so far as I know, in England and in some English colonies alone, the prosecution of offences is left entirely to private persons or to public officers who act in their capacity of private persons who have hardly any legal powers beyond those which belong to private persons.

* In some provinces the Attorney General is known as the "Minister of Justice" or "Solicitor General". Except for the purposes of ss. 505(4) and 507(3), any reference in the Code to the "Attorney General" includes his lawful deputy; Criminal Code, s. 2.

Even today in England, although the majority of prosecutions are public in the sense that they are initiated by the police, the influence of the past is still apparent in the practice of the prosecuting lawyer being retained by the police, and not by a central prosecuting authority, except in relatively few cases conducted by the Director of Public Prosecutions or other government departments.

In Canada the role of the private individual is still recognized in his legal authority to lay an information, and in his limited and ill-defined authority to conduct the prosecution of certain categories of cases. Neither in theory, nor in practice, however, would it be legitimate to regard the average prosecution as "private". As pointed out previously, most prosecutions are initiated by informations laid by the police. The conduct of the case in court is not generally the responsibility of the police or a private individual, but of lawyers representing the Attorney General.

From earliest times the King of England was regarded as the fountain of justice, a fountain which was eagerly tapped as the source of constitutional authority for the prosecution of criminals, a procedure not only for keeping of the peace, but also for augmenting royal power and revenue. Prosecutions are still to this day in England and Canada conducted in the name of the Sovereign. The Sovereign's traditional chief law officer and representative in court is the Attorney General. Although no longer simply a servant of the Queen, the English Attorney General is still regarded as the state's chief prosecutor; he has statutory authority to control the initiation of prosecutions for a variety of offences; he is the minister in charge of the department of the Director of Public Prosecutions, which is responsible for the conduct of the prosecution of the more serious, but relatively few, cases, and he retains the overriding common law power to terminate a prosecution on indictment by entering a *nolle prosequi*.

In Canada, however, we have gone much further in formalizing and exploiting the prosecutorial status of the Attorney General. Under our constitution, law enforcement is primarily the responsibility of the provinces, and in all provinces the Attorney General is the chief law enforcement officer of the Crown. The exercise of this power is not reserved, as it is in England, to a

residual category of exceptional cases. The day-to-day administration of the criminal law is under the control of the Attorney General's department. The vast majority of prosecutions in this country are conducted by lawyers acting on behalf of and answerable to the Attorney General of the province. The method of appointment and supervision of Crown counsel varies in different parts of the country. Increasingly, however, the trend is towards a full-time, salaried, prosecutorial service under the control of the Department of the Attorney General. A prosecution service also exists on the federal level answerable to the Attorney General of Canada, the Minister of Justice; the authority of federal prosecutors is limited by the Code to the conduct of prosecutions in the Territories and the conduct of non-Criminal Code prosecutions initiated by or on behalf of the federal government.

Explicit recognition is given to the "public" nature of our prosecutions in some provincial statutes, in numerous provisions of the Code bestowing express powers on the Attorney General or his agents, and in the Code definitions of the term, "prosecutor". Section 2 states:

> "prosecutor" means the Attorney General or, where the Attorney General does not intervene, means the person who institutes proceedings to which this Act applies, and includes counsel acting on behalf of either of them.

Similarly, the term is defined for the purposes of summary conviction proceedings as "an informant or the Attorney General or their respective counsel or agents".

It is also significant that the Attorney General of the province is not merely chief counsel for the Queen with statutory authority to conduct prosecutions. As we shall explain in Part III, he is also a minister of the Crown who, in most provinces, has broad responsibilities for many aspects of the administration of justice, including the court system, the police and corrections.

(d) Powers of the Attorney General and His Agents

The extent of the prosecutorial powers of the Attorney General and his agents must now be examined. To catalogue

all of these, whether conferred by statute or common law, would not be feasible or particularly useful. The prosecutor, as counsel for the Crown side, has the innumerable duties and privileges inherent in his role as a party to adversary proceedings, and as a person with special responsibilities for the proper administration of justice. Thus when an accused who is detained in custody is taken before a justice the prosecutor must show cause why he should not be released on an undertaking without conditions. At the preliminary inquiry stage he must convince the justice that there is sufficient evidence to put the accused on trial. At trial the Crown is responsible for the formulation of the issues arising out of the charge and for the presentation of evidence sufficient to prove guilt beyond a reasonable doubt.

The most relevant powers of the Crown for the purposes of this Paper are the following:

(a) As previously noted, the law does not formally recognize any special status of the Crown prosecutor in the laying of the information. The extent to which he influences the initiation of the prosecution depends on the working relationship between the prosecutor and the police, and on the local practice in relation to the laying of private informations. Where his first contact with the case is at the time of first court appearance, his charging decisions must obviously be made either on the spot or at a later stage in the proceedings. Regardless of when the prosecutor accepts responsibility for the case, it is recognized that, except in the most simple and uncontested cases, he should review the charge with a view to determining whether to proceed, what charges to proceed with, the form of the charge, whether to charge several offences jointly, or separately, and whether to charge several accused jointly or separately. Although the court may eventually interfere with the Crown's discretion in relation to joinder of charges and accused persons, and order seperate trials "in the interests of justice", it will not readily override the prosecutor's decisions in these matters.

(b) The Attorney General exercises direct control over the laying of a charge in relation to a few offences where

consent of the Attorney General is required by statute for the institution of proceedings. Thus, for example, charges relating to corruption or bribery of judicial officers cannot be instituted without the consent in writing of the Attorney General of Canada. Consent to prosecute by the provincial Attorney General is also required for several offences, such as the offence of giving contradictory evidence with intent to mislead, or the publication of indecent matter in relation to judicial proceedings.

(c) An application for the preventive detention of an habitual criminal requires the consent of the Attorney General of the province in which the accused is to be tried.

(d) Even where a prosecution is initiated and conducted by a private individual, the Code and the common law clearly recognize that the Attorney General or his agents may intervene to take over the conduct of the case, and either proceed or put an end to the prosecution.

(e) In relation to "mixed" offences, that are either indictable or summary conviction, it is the prosecutor, and not the accused or the court, who has the unfettered discretion to decide which way to proceed.

(f) As explained above, the role of the Crown prosecutor in charging is expressly recognized in the Code provisions conferring authority on the Attorney General and his agents to prefer indictments for trials in higher courts. The indictment need not be limited to the charge on which the accused was committed for trial; it may be a charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry. The authority of the grand jury and courts with respect to the preferring of indictments is seldom exercised in practice so as to thwart the wishes of the Crown. Even if a grand jury refuses to indict, the Crown is entitled to prefer a fresh bill before a subsequent grand jury.

(g) The preliminary inquiry as a check on the Crown's prosecutorial power is available only in the relatively few indictable offence cases destined for trial by a court other

than one constituted with a magistrate. A discharge at the preliminary inquiry will normally put an end to the prosecution. But the Code allows the Crown to avoid the normal consequence of a discharge. Sections 505(4) and 507(3) provide that a so-called "direct" indictment may be preferred by the Attorney General (and not by his agent) or with the written consent of a judge of the court; this procedure permits the indictment of the accused without a preliminary inquiry or after a discharge at a preliminary inquiry. Furthermore, there is some authority to the effect that the Crown, faced with a discharge at the preliminary inquiry, may require another preliminary inquiry on the same offence in the hope of securing a committal for trial.

(h) Although the mode of trial for most indictable offences is determined by the election of the accused, the Crown has exceptional powers that may be used to circumvent the accused's wishes. The direct indictment procedure referred to above may be used not only to bypass the preliminary inquiry, but also to require a jury trial in any indictable case. In addition, the Code empowers the Attorney General or his Deputy to require a jury trial in any case where the accused is charged with an offence punishable by imprisonment for more than five years.

(i) The accused who has elected a certain mode of trial is permitted by the Code to change his mind and to re-elect for a different mode of trial. Under certain circumstances this right of re-election is subject to the consent of the Attorney General or his agent.

(j) As explained in greater detail in our Working Paper on *Discovery*, the amount of information conveyed to the accused before trial is, with few exceptions, within the discretion of the Crown. Hence, at the preliminary inquiry the prosecutor is required merely to establish a *prima facie* case, and is under no obligation to make full disclosure of all evidence he may use at trial.

(k) Where a matter proceeds to trial the Crown's decisions as to tactics and evidence to be presented are subject

to few rules. In theory the Crown is obliged to present all material evidence essential to the unfolding of the narrative, but the courts have stated that they will not interfere with the exercise of the prosecutor's discretion in this respect except where the Crown is activated by some "oblique" motive.

(l) Having launched a prosecution, the Crown is under no legal obligation to carry it through to a conclusion. The Crown's power to withdraw a charge, although subject in theory to judicial consent, is seldom questioned by the courts. Apart from applying for a withdrawal, the Crown can simply decline to present any evidence, thus forcing an acquittal. Whether a withdrawn charge or an acquittal based on a refusal of the Crown to present evidence will bar a subsequent prosecution for the same offence is a matter of controversy too complicated to explore here.

(m) The statutory power of the Attorney General or counsel instructed by him for the purpose to enter a stay of proceedings is an administrative act not subject to the control of the court, and is no bar to subsequent proceedings for the same offence. The frequency with which this power is exercised, the stage of the proceedings at which it may be invoked, and the extent of the Attorney General's personal responsibility for the decision are matters on which legal opinion and practice vary in the country. Where a stay is entered with no intention of resurrecting the prosecution, the only prejudice suffered by the accused is the denial of the possibility of having his innocence established. Where the stay is used merely to provide an opportunity to the Crown to correct its errors, or to circumvent an adverse ruling by the court, questions of abuse of discretion arise. However it may be used, the stay is one of the most obvious examples of the Crown's discretionary powers.

(n) Plea bargaining in its various forms is a significant prosecutorial power that limits judicial control of the conduct of a case. There is generally no judicial involvement in negotiations leading to a plea bargain. The presiding judge who receives a negotiated plea of guilty is presented with a *fait*

accompli. The case is thus resolved on grounds having no necessary relation to the merits of the Crown's case, and in a manner that places practical constraints on the court's sentencing authority.

(o) Although a discussion of the topic is beyond the scope of this Paper, the Crown's right to appeal and to apply for prerogative remedies represent important aspects of the Crown's control over prosecutions.

(e) Control of the Discretionary Powers of the Crown

To present a complete and accurate account of how a criminal case is managed would require balancing the foregoing outline of Crown discretionary powers with a discussion of how other participants in the process may influence the course of a prosecution. As explained in Part I, the procedures adopted and the disposition of a case depend on innumerable factors and on the decisions taken by various persons. The accused's decisions with respect to statements made to the police, election as to mode of trial, plea, participation in plea bargaining, tactics at trial, and other matters involve a large measure of control over the case, with a corresponding limitation on the authority of the prosecutor.

The judiciary also has broad authority over many aspects of criminal procedure. This judicial power is conferred in a variety of ways. In many instances the law expressly confers on the judge authority over certain aspects of procedure, such as his discretionary power to grant or refuse an adjournment. In other matters, the judge's power to control proceedings is indirectly, but nevertheless effectively, bestowed on him through his duty to see that procedural as well as substantive rules of law are observed. Thus any procedural right of the accused, such as his right to elect the mode of trial in most indictable offence cases, not only enables him to exercise control over his fate; it also places the matter under judicial control, in the sense that it is the judge's duty and right to ensure that the election procedure is observed. An exhaustive discussion of the matters that are subject to judicial decision or review would require

a textbook on criminal procedure. In developing the central theme of this Paper, however, we need not undertake such a task. An understanding of the fundamental issues can best be achieved by concentrating attention on the judicial role in relation to the discretionary powers of the Crown discussed in the preceding section.

The cumulative effect of these discretionary powers is significant in its impact on the accused, and in the manner in which it influences the allocation of responsibility between the Crown and the judiciary. How does the law seek to control these discretionary powers of the Crown? In general, the courts have been reluctant to interfere where the law has conferred a discretionary power on the Attorney General or his agents. Neither the statutory laws nor judicial pronouncements have produced a coherent or accepted doctrine of judicial review.

Where the conduct of the case by the Crown can be construed as a denial of the accused's codified right to make "full answer and defence", courts will interfere to protect the interests of the accused; but even this right of full answer and defence is interpreted subject to the more clearly defined rights of the Crown.

Efforts by the defence to review prosecutorial discretion through the prerogative writ proceedings have not been noticeably successful.

Similarly, the due process and other procedural rights enshrined in the Bill of Rights, although frequently invoked in support of challenges to the legality of Crown procedures, have seldom been used as a basis for the exercise of judicial control over the Crown's discretionary powers. When confronted with a statutory or common law rule conferring authority on the prosecutor, the tendency of the courts has been to interpret the procedural rights in the Bill subject to such rules. Whatever potential may exist for future developments under the Bill, up to now it has not been a significant factor in this field.

The first sign of a significant break in this pattern of judicial restraint has occurred in the last decade with the assertion by certain courts of an inherent jurisdiction to refuse to permit a prosecution to continue, where in the opinion of the court, the procedures

adopted by the Crown have been oppressive. When exercised, this jurisdiction to stop or "stay" a prosecution has been justified on the ground that unfair or oppressive procedures are an abuse of the judicial process.

Although presented with an opportunity to do so in its 1970 decision in *Osborn*, the Supreme Court of Canada has not yet ruled on the validity of this doctrine of abuse of process. Two judgments were delivered in the case, each concurred in by two other justices; the seventh member of the court agreed in the result without reasons. Hall J. held that on the facts it was unnecessary to consider the question of abuse of process. Pigeon J. decided that the trial judge had no discretion to stay the indictment on the grounds alleged. On a strict application of the rules of *stare decisis* this latter judgment merely holds that the courts cannot stay a prosecution on a correct charge following an acquittal on an incorrect charge arising out of the same facts. There are, nevertheless, statements in the judgment that can be interpreted as a rejection of any abuse of process rule. This attitude is best reflected in the following passage:

> It is basic in our jurisprudence that the duty of the Courts is to apply the law as it exists, not to enforce it or not in their discretion. As a general rule, legal remedies are available in an absolute way *ex debito justitiae*. Some are discretionary but this does not destroy the general rule. I can see no legal basis for holding that criminal remedies are subject to the rule that they are to be refused whenever in its discretion, a Court considers the prosecution oppressive.

Although the validity of the abuse of process doctrine was not resolved by the Supreme Court in the *Osborn* case, subsequent decisions of other courts across Canada do lend support to the view that a court may put an end to a prosecution where the Crown has exercised its legal powers in a manner deemed to be unjust or oppressive. Although in most instances our courts have avoided deciding the issue by ruling that on the facts there was no abuse, the doctrine has been applied in a few cases. The grounds on which such decisions are based are varied, but the practices that have most frequently been held to amount to an abuse are lengthy delays attributable to the Crown, police entrapment, and the relaying of charges following the withdrawal or staying of charges by the Crown. Pro-

cedurally, the doctrine has been used in a variety of ways: through motions to stay or quash at the trial, through prerogative remedies, as a ground of appeal against conviction, and even on a motion to quash prior to election and plea.

With the limited, but potentially significant exception of the abuse of process principle, the prevailing judicial attitude towards prosecutorial discretion is still one of non-intervention. Whether or not this is desirable will be explored in greater detail later, but it is important first to explore the many reasons, theoretical and practical, advanced as justifications for the present state of the law relating to the division of authority between the Crown and the judiciary.

III The Search for a Rationale

Our objective in this Part is to discover a rational basis for the division of responsibility between the Crown and the judiciary. Before stating our own position, we shall summarize, with a minimum of comment, first, arguments in favour of the discretionary powers of the Crown, and second, arguments supporting judicial control of procedure. The solution we propose as a means of reconciling these apparently conflicting views is explained in sections (c) and (d).

(a) Arguments in Support of the Powers of the Crown

(i) Administrative necessity and convenience

The reluctance of the courts to supervise and review the exercise of prosecutorial discretion is sometimes based on considerations of administrative expediency. The legal process does not operate on its own momentum. Someone must decide when to invoke it, and how to proceed from one stage to the next. This under our system has been primarily the responsibility of the Crown. Indeed, in advocating restraint in the use of the criminal sanction we have in previous Working Papers argued in favour of an expanded use of discretion by both police and prosecutors in order to screen cases out of the court stream. To subject each decision of the Crown to judicial scrutiny would place an intolerable burden on the judiciary, and present the theoretical, if not real, possibility of endless litigation.

This acceptance of the practical necessity of prosecutorial discretion appears to be part of the rationale behind the recent Supreme Court of Canada decision in the *Smythe* case. In affirming

the legality of the Attorney General's power under the *Income Tax Act* to decide whether to prosecute by indictment or by summary conviction, and in rejecting the contention that this constituted an infringement of the Bill of Rights' principle of equality before the law, Chief Justice Fauteux, delivering the judgment of the Court, observed:

> Enforcement of the law and especially of the criminal law would be impossible unless someone in authority be vested with some measure of discretionary power. The following statements made in the *Lafleur* case . . . are to the point and I adopt them.
>
> "I cannot conceive of a system of enforcing the law where some one in authority is not called upon to decide whether or not a person should be prosecuted for an alleged offence. Inevitably there will be cases where one man is prosecuted while another man, perhaps equally guilty, goes free. A single act, or series of acts, may render a person liable to prosecution in more than one charge, and someone must decide what charges are to be laid. If an authority such as the Attorney General can have the right to decide whether or not a person shall be prosecuted, surely he may, if authorized by statute, have the right to decide what form the prosecution shall take."

(ii) The adversary system and judicial impartiality

The adversary trial system and its corollary of judicial impartiality also place restraints on the degree of control the judiciary can exercise over the conduct of the prosecution. If a judge were to bear the ultimate responsibility for decisions as to whom to charge, what to charge, what cases to take to court, and how to present the case in court, he would, of course, no longer be the impartial referee between two contestants. He would become one of the contestants. The dilemma facing every prosecutor of how to reconcile his public duty and his adversarial role would become the dilemma of the judge. On what basis can we assume that the judiciary would be better able to resolve this legal schizophrenia? Even if the judicial temperament were able to overcome the demands of conflicting roles, judicial resources would not. To supervise all aspects of prosecutorial powers would demand that they have access to the same information as the Crown, and this in turn would bring them into

the same close association with the police as is now typical of the prosecution. Such a system is possible. Some might even argue that it is desirable. But it is not the system we have. It would destroy the appearance and probably the reality of judicial independence and hence command little support among the judiciary, legal profession, or general public.

Some of the objections to judicial control of charging decisions and trial tactics described above could be avoided by the creation of a separate, non-trial branch of the judiciary to discharge such responsibilities. The trial judiciary would thus maintain its detachment from the formulation of the issues in dispute. But the new class of judges assuming what are presently prosecutorial responsibilities would likely differ from prosecutors in name only. It is difficult to envisage significant advantages in such a system; it is easy to see that such a system would be a costly and radical change.

(iii) Constitutional principles and conventions

Our written constitution, the British North America Acts, and, to a lesser extent, the Bill of Rights, place restrictions on the powers of our legislative bodies. Subject to these limitations, parliamentary sovereignty remains a fundamental constitutional doctrine. This has an important and obvious impact on the control of the process. In the division of power between the courts and the executive the will of Parliament and the legislatures is supreme. We do not in this country have a doctrine of separation of powers, conferring inalienable powers on the judiciary. Parliamentary sovereignty restricts the power of judicial control by requiring the judiciary to respect the statutory authority of the Crown.

As we explained in Part II, Parliament and the legislatures have conferred broad powers on the Crown. These are, of course, subject to change through statutory revision and repeal. Judicial control of the process could be increased at the expense of Crown discretionary powers. Arguments based on administrative expediency, judicial impartiality, and the adversarial process militate against such a transfer of power. Equally important, the powers of the Attorney General and his agents are supported by the view that

there is a political, as well as a legal, aspect to the administration of justice.

The Attorney General is not merely an official with statutory powers. He is a politician, a member of Parliament or of a legislature, and a cabinet minister with responsibilities for many aspects of the administration of justice. Decisions as to how law is administered, what laws to enforce, and how the resources of the criminal justice system are to be allocated, all involve important considerations of public policy. These are not merely legal matters; they are also highly political. Hence it is appropriate that they be entrusted to someone with political authority, responsibility and accountability.

In the exercise of their authority in the administration of criminal justice the Attorneys General and their agents are not free from all controls. If judicial activity has not been prominent in this area it is partly because other restraints operate as a check on Crown power. These are the political accountability of the Attorney General, and the quasi-judicial status of the Attorney General and his agents.

The Attorney General is politically accountable to the head of his government and to his legislative body for the manner in which he and his subordinates exercise their powers. Ultimately the Attorney General and his government can be held accountable to the will of the electorate. How frequently this political control of Crown powers is actually exercised will depend on many factors. The availability of political control as a substitute for judicial review is, nevertheless, a recurring theme in the jurisprudence in this area.

The political accountability of the Attorney General is, however, qualified by another constitutional principle which we have inherited from England, and which is said to act as an independent control on the Crown. In discharging his prosecutorial authority in individual cases the Attorney General exercises a quasi-judicial responsibility that carries with it an independence not usually associated with cabinet membership. The tradition of his ancient office is that he must exercise his independent judgment as to what is in the public interest, immune from the pressures of partisan consid-

erations or of his colleagues in the legislature or the cabinet. Hence the political accountability of the Attorney General is limited to a review of his general policy or administration and to a review of individual prosecutions after the event.

This notion of the independence and quasi-judicial powers of the Attorney General is also reflected in the law's view of the role of the agents of the Attorney General who conduct the majority of prosecutions in this country. Though he functions within an adversary system, he is an adversary with a difference. His primary duty is not to act as the instrument of the police or to secure convictions by exploiting the opportunities afforded him by the rules of the process. The ethics of his profession demand that he, like any counsel, be an officer of the court in the sense that his presentation of the case in support of the charge be tempered by a respect for the rules of law, and by a desire to assist the court in arriving at a just result. In addition, however, as an agent of the Attorney General, he represents the public interest in the proper administration of the criminal law. Hence he is sometimes referred to as a "minister of justice" who is expected to discharge his responsibilities with an impartial and unemotional commitment to the common good. "The role of prosecutor", Mr. Justice Rand once observed, "excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty . . . It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings."

(b) Arguments in Support of Judicial Control

The preservation of the principles underlying the authority of the Crown is slight comfort to the accused or perhaps the victim who feels he has been unfairly treated. There are practical restraints on the effectiveness of the remedy of political accountability in individual cases. In the first place, the typical Attorney General is a busy man. Obviously, therefore, he does not personally supervise the conduct of each prosecution. This is the task delegated to Crown counsel. The law permits this delegation except in a few instances, for example, where his personal intervention is required for the initiation of prosecutions, the preferring of direct indictments,

and, according to one view, the entry of a stay of proceedings. It is not, therefore, realistic to assume that the Attorney General's judgment will be a check against error and abuse in all cases, or that the legislature or the electorate will have the time or the inclination to hold him politically accountable for all the actions of his subordinates. Only rarely where there is a case of special importance or one that has received wide publicity, will he personally exercise his authority and be held accountable to the legislature or to the public.

As explained above, the tradition that the Attorney General and his agents in the conduct of individual cases must act independently of outside pressures is a further limitation on the effectiveness of parliamentary or political control. That this independent judgment must be exercised in a quasi-judicial manner is not a guarantee against error or abuse in all cases. Crown counsel are individuals, not infallible personifications of the even-handed minister of justice. They are prone to error, intellectual and moral, have biases, and can succumb to the temptation to "win" the case. Identification with the cause of suppressing crime does occur, and, as has been frequently noted, the danger of this is particularly great where a lawyer is employed full-time as Crown counsel.

Even where Crown counsel is scrupulously fair in the performance of his duties, he cannot be expected to act as attorney for both sides. Once a decision to prosecute has been made he must assume an adversary stance. He does have the responsibility to prove the charge. His judgment alone cannot be relied on to protect the rights of the accused when his primary obligation is to the public.

The view that the political and other controls on the prosecution may not be an effective check on error and abuse in individual cases has been one of the main reasons for the assertion by some courts of a power to stay prosecutions they regard as abusive. This approach was illustrated recently in the Northwest Territories Magistrate's Court where a magistrate held that he had jurisdiction to quash a charge that had been relaid after several delays attributable to the Crown, and after an intervening civil commitment of the accused. Although the decision was reversed

on the facts by a higher court, it is difficult to fault the practical wisdom of the Magistrate's justification for his action:

> This is not to say that a Magistrate need always have a better-tuned sense of fairness than a Crown Attorney, but surely if there is a strong doubt in the Court's view of the matter, that view should not be suppressed? If the Court is in error, there is always a higher Court to correct it. But if the Courts are to be precluded from considering such matters, even in obvious cases, to whom can a defendant appeal from the decision of the Crown Attorney? Certainly, in the Northwest Territories, the Attorney-General is generally in Ottawa, over 1,500 miles away, concerned with matters of national moment. Is an accused in the Northwest Territories to take his appeal from a prosecutor's decision to the High Court of Parliament at Ottawa? Or is he to be allowed to raise it directly with the Court that is hearing his charge, and before which he is appearing in person or with counsel? Surely to leave matters to Parliament, for the Territorial Council has no function in relation to such matters, is to say in effect—you have no one to whom you can address your appeal from the prosecutor's decision.

The views expressed in the above passage are consistent with principles supporting judicial authority that are just as much a part of our constitution as the doctrines of parliamentary sovereignty and ministerial authority and responsibility.

The most basic source of this authority is that, by virtue of the constitution, statutes and common law, the job of the judiciary is to adjudicate. Adjudication necessarily involves some control over the conduct of the prosecution process.

The cherished tradition of the independence of the judiciary likewise implies judicial control over proceedings. Independence means that in the performance of their duties judges must be immune from the control of Parliament, the executive, or other sources. The judge determines the applicable law, procedural and substantive, and in non-jury trials he also decides the facts. Thus, when a case involves a dispute as to the procedures adopted by the Crown, judicial review of Crown powers is inevitable in so far as the court must determine the extent of these powers, and their

applicability to the case. Suppose, for example, that the Crown has launched a prosecution for an offence following a previous acquittal or conviction arising out of the same incident, and that the defence has challenged the legality of the proceedings. Although the court before which the issue is raised does not have the charging authority of the Crown, it must nevertheless adjudicate on the legality of the proceedings by deciding whether or not the prosecution violates the statutory or common law rules relating to double jeopardy.

Support for judicial authority over the conduct of a prosecution is also found in the tradition that judges have a special responsibility for the protection of the rights of the individual. If carried to extremes, the function of the judiciary as the champion of individual rights would imperil the impartiality of our courts. This has not occurred, and the tradition is an entrenched feature of our legal system. It is inherent in the principle that the judiciary must be independent of control by the executive. It is supported by the public's view and expectations of the judiciary. The Canadian Bill of Rights is a statutory recognition of this judicial responsibility.

The preceding discussion demonstrates that the judicial role in the control of the process rests on a variety of recognized principles. That this jurisdiction over procedure has not been abused so as to usurp the powers of the Crown is due to several factors. In the first place, the judge is not free to decide a case according to his personal feelings. The rules of his profession dictate that he be guided by the law as laid down by statute and previous decisions. As explained in Part II, the tendency to date has been to interpret the law in such a way as to recognize the existence of broad Crown discretionary powers. Secondly, the decisions of a judge, including those relating to issues of control, are generally subject to review in higher courts. Thirdly, procedural disputes are seldom presented as a contest between Crown and judge; the true adversaries are the Crown and the defence. The impartiality of the judge qualifies him for the task of resolving the dispute in a manner that is fair to both the Crown and the accused.

(c) Fundamental Goals and Principles

In our search for a satisfactory method of allocating responsibility between the Crown and the courts we are attempting to provide a technique that will further the fundamental goals of the criminal justice system. These fundamental goals must therefore be examined as a preliminary step to formulating a rational basis for the solution of the problem of control.

Procedure, substantive law and corrections are inextricably interwoven components of the criminal justice system. When Parliament creates a crime, it does not merely add a new item to the substantive law; it creates a new set of procedural and correctional problems. Similarly, changes in procedural law have their impact on the other parts of the law. Thus, for example, a restriction on police powers of investigation may render certain prohibitions of the substantive law unenforceable. Hence there is a need for harmony among the various laws and institutions of the criminal justice system. In previous Working Papers we have expressed the philosophy we believe will produce this harmony.

The criminal law is only one of many methods by which behaviour is controlled and the character of society determined. The elimination of crime is important to society, but it is not an end in itself; it is one method of attaining the higher goals of maximizing human freedom and potential in a democratic state. The capacity of the criminal justice system to contribute to the realization of these goals is limited; its effectiveness in preventing undesirable behaviour is also limited. Yet the price of the criminal justice system is high in both economic and human terms. Hence we have urged that the criminal law should be used with restraint. At all levels of criminal law policy-making and at all levels of the administration of the criminal law the onus should be on those who wish to use this instrument to demonstrate that it is the most suitable response to the problem in question.

This is the approach we have suggested in previous Working Papers dealing with the selection of appropriate sentences or methods of disposition, and the question of what conduct should be subjected to criminal prohibition. This is also the approach that

should characterize the enforcement of the criminal law and the formulation of procedural rules.

In the realm of procedure, therefore, the principle of restraint demands that those entrusted with the discretion to enforce the law should invoke the process as a last resort. For this reason we have suggested in our Working Paper on *Diversion* that both police and prosecutors should be encouraged to screen out of the prosecution stream cases appropriate for some other method of disposition; they should also be prepared to justify their decision to prosecute.

If the criminal process should be used sparingly, it must nevertheless still be invoked when no alternative exists. We must therefore have a procedural law governing prosecutions. According to what principles should this law be constructed? We reiterate our view that the fundamental goal of the system is the maximization of human freedom and potential in a democratic society. This goal is admittedly vague; it does not by itself solve the host of problems confronting us. But its vagueness is also its virtue. It is a warning that the task of constructing a rational procedural law is not a simple one. Crime control or the protection of the rights of the accused are narrower and more easily understood goals, but they are not the ultimate goals. If one of these secondary goals is pursued with an uncompromising rejection of the other, the criminal justice system is distorted, if not destroyed. Our desire to eliminate crime must be tempered by a concern for the interests of the accused. Similarly, in protecting the individual we must not sacrifice the interests of society as a whole.

The balancing of one set of interests against another so as to produce an acceptable compromise that will further the fundamental goals of society is the task we face. Only in this way can we produce a rational procedural law. Consider by way of illustration the privilege against self-incrimination and the onus on the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt. These are rules that frequently enable offenders to escape conviction. Why do we tolerate the existence of such rules? A popular answer is that it is better that a hundred guilty persons should go free than that one innocent man be punished. This expresses the sincere humanitarian concern and sense of justice of many, and

it is an attitude that deserves a prominent place in the law of procedure. But the *cliché* defeats the purpose of those who utter it. It draws attention to what is the strongest argument of the advocates of a procedural regime more favourable to the cause of the prosecution. Why, they are entitled to ask, should the criminal justice system be structured for the protection of the one unfortunate, innocent accused rather than for the protection of the countless actual and potential innocent victims of the hundred who are guilty? To counter the legitimate appeal of arguments based on the statistical probability of guilt, one cannot rely solely on our desire to protect the innocent accused. That is not the basic or the only goal of the system; if it were we could readily achieve it by prosecuting no one.

The rights of the accused do not exist in a vacuum; they are part of a system in which the Crown, representing the public interest, also has rights. The accused has his right of silence, but the prosecution has the right to introduce as evidence against him his voluntary statement. Each has a right to a fair hearing; neither is guaranteed perfect accuracy in the fact-finding process.

To understand or reform our present system we must not restrict our attention to the secondary aims of the process or to the rights and interests of parties to a prosecution. We must evaluate procedural rules in terms of their impact on the entire system of criminal justice, and ultimately in terms of their potential to contribute to the realization of our society's fundamental goals. In evaluating a procedural rule we should not simply ask: Will this rule protect the accused against the power of the state? Nor should we be obsessed with the impact of one particular rule. Our inquiry should be more general: Does this procedural law in conjunction with all others strike the proper balance between the value of law enforcement and the value of individual freedom?

Procedural rules favourable to the accused that impede the successful prosecution of criminals should not be viewed as generous concessions to criminals, designed to give them a sporting chance to avoid their just deserts. Such rules exist, and must exist (although not necessarily in their present form) as a check on the otherwise limitless powers of the state, its institutions and officials.

Thus for example, the rule requiring the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt does not merely act to protect the innocent against conviction. It is a rule that influences the general administration of justice by motivating the police to exercise diligence in their investigations, and by forcing the Crown to use restraint in laying charges. Hence what appears at first glance to be a technical rule of procedure or evidence is in fact a fundamental limitation on the power of the state versus the individual.

Conversely, a rule operating in favour of the Crown should not be judged solely in terms of its potential to bring offenders to justice. We should also test its ability to assist in achieving the level of general obedience to the law we think desirable.

Criminal procedure is not, therefore, the exclusive concern of the legal profession. Rules of procedure do not merely govern the conduct of those engaged in a prosecution. They determine the character of the criminal justice system, and of the society it serves. The decision to accept or reject a particular rule of procedure is a decision affecting the quality and quantity of freedom in our society. It is a decision that cannot be left solely to lawyers. A criminal trial is often compared to a theatrical event. In a sense it is, and as such it has a symbolic and educational value for the parties and the public. But the drama in the courthouse presents only one scene from a much larger script. The pre-trial scene, although not presented in court, involves some of the same principals. The major portion of the script, however, is not concerned with the persons now in court. Its theme is the operation of the entire criminal justice system and its impact on society. In this unstaged drama we are all principals.

Having thus stated our general approach to the law of criminal procedure, we return now to our central theme.

(d) Redefining the Roles of the Crown and the Judiciary

When the arguments for and against judicial or Crown control of the conduct of the prosecution are weighed it becomes clear that there is no simple solution. The problem is complex, but not insoluble.

To begin with the obvious, both the judiciary and the Crown have a legitimate role to play in the management of a prosecution. The task, of course, is to determine precisely what those roles should be.

Whereas parliamentary sovereignty restricts the powers of the Crown and the courts under the present law, it presents no obstacle to proposals for a reallocation of responsibilities. What Parliament has given, Parliament can take away. Parliament, in the exercise of its jurisdiction over criminal procedure, but subject to whatever limitations exist by virtue of provincial jurisdiction over the administration of justice, is free to redefine the respective roles of the Crown and the judiciary.

What principles should govern this division of power between the courts and the Crown?

This question is to be resolved, we believe, by distinguishing between the political and non-political aspects of the administration of justice. If this distinction can be drawn, then a basis for the solution of specific problems emerges. A political issue in this context is one possessing one or more of the following characteristics: it involves a decision whether or not to enforce a particular law; it involves the question of allocation of resources in terms of money, facilities and personnel; it is an issue amenable to solution according to public opinion of a particular time and place; it is one that subjects the decision-maker to these pressures of public opinion and to the possibility of a sanction, such as accountability to the legislature or the electorate, or dismissal from office.

An analysis of the discretionary powers presently possessed by the Crown reveals that many of these powers have important political aspects in the sense described above. By way of illustration, charging decisions, including the decision whether to enforce a particular prohibition, whom to charge, what to charge and whether to continue a prosecution, are pre-eminently political. Many criminal offences remain on the books long after they have served their purpose. In other cases, invoking the machinery of criminal justice involves balancing factors peculiar to that case, such as the hardship to the accused compared to the benefit to society derived from

a prosecution, or the necessity to sacrifice one potentially successful prosecution to increase chances of success in another more important case, or the need to satisfy the demands of a public sympathetic to the cause of the accused. The vigour with which laws are enforced is, or should be, a reflection of the relative importance of the laws in preserving public order and the moral imperative of the legal system. In all cases, the decision to prosecute or not is one affecting the allocation of resources.

Decisions relating to these matters with important political overtones should generally be within the discretionary powers of the Attorney General and his agents. The exercise of this discretion should not be subject to judicial control. Various techniques could be invoked to bring such matters under judicial control, but none, in our view, would be desirable or feasible. As stated above, it is essential to the proper administration of justice to confer on some authority some degree of discretion to decide matters, such as, whether or not to prosecute. The infinite number of variables that affect such decisions would defeat any attempt to eliminate discretion by creating a code of detailed legal rules to govern the decision-making authority. Even if possible, formal legal rules as a substitute for discretion would eliminate from the system the flexibility that is essential in order to permit dispositions appropriate to the particular circumstances of the offence, tne offender, the locality and the times.

If it is impossible to eliminate prosecutorial discretion in relation to matters that we have characterized as political, it would likewise be undesirable and impractical to subject the exercise of this discretion to judicial review, and thus, in a sense, substitute judicial discretion for prosecutorial discretion. This would impose upon the judiciary an onerous task that could only be performed if the size of the judiciary were significantly increased and if the system were radically changed to put them in possession of information necessary for such decisions. As explained above, such a system would jeopardize their impartiality in the adversary process, and involve them in matters both political and controversial that would imperil their independence and reputation. Though the political accountability of the Attorney General and

the other restraints on Crown power are far from being a perfect guarantee against mistakes, they are, we believe, preferable to the unnecessary politicization of the judiciary.

If politics is the realm of the Crown, adjudication is the realm of the judiciary. We recognize that political and justiciable issues are not mutually exclusive. To a certain extent there will always be an overlapping of the two. The judiciary cannot, and should not, be insensitive to policy or political considerations. In sentencing, for example, a judge will be influenced by society's view of the seriousness of the offence, and by considerations relating to the allocation of the resources of the correctional system. We are not suggesting a system of mechanical jurisprudence that would require the judiciary to ignore such matters. What we do propose is one that will exclude from the adjudicative function those political issues that can best be resolved by the Crown. In excluding such matters we seek, not to belittle the judicial process, but rather to strengthen it by preserving judicial impartiality and independence.

The primary objective of adjudication should be to see that justice is done in individual cases. This objective can only be achieved if our judiciary is, and is seen to be, impartial and independent. Dispensing justice in a manner that is fair to both sides of a dispute is, of course, the traditional role of the judiciary. It is the task they perform daily in interpreting and applying rules of substantive and procedural law and in the fact-finding and sentencing process.

The central problem is to devise a system that will maximize the chances of doing justice in individual cases without infringing on the legitimate political authority of the Crown. The task of adjudicating fairly cannot be left to the Crown, an adversary in the process. On the other hand, for reasons discussed above, we do not think it desirable or feasible to grant to the judiciary a general power to review the manner in which the Crown has exercised its discretion. The solution, we think, is to define as clearly as possible in the procedural law the respective roles of the Crown and the judiciary. This definition should reflect the funda-

mental goals of the system, and the distinction between the adjudicative and political aspects of the administration of justice.

Courts have the right and the obligation to ensure that the Crown has acted according to law. The law, in turn, should bestow upon the judiciary sufficient authority to ensure that procedural justice is accorded to both parties. The tradition that recognizes the special judicial role in the protection of the rights of the individual against the power of the state should find expression in the law of procedure; this can be done, for example, through burden of proof rules without impairing judicial impartiality or the political responsibility of the Crown.

Prosecutorial powers that are not essential to the discharge of the Crown's responsibilities and impede the fair disposition of cases should be abolished and replaced by formal legal rules. The observance of these rules will then be under judicial control.

In the scheme we are proposing the Crown will retain many discretionary powers that will not be subject to judicial control. There are, however, non-judicial controls that can act as a check on error and abuse. These we shall discuss in greater detail in the next Part.

Ensuring that justice is done in individual cases is only one aspect of the judicial role. We have argued in the preceding section that the administration of justice should be oriented not only to the resolution of individual cases, but also to the preservation of a system that in its entirety reflects fundamental goals. Both the Crown and the judiciary have responsibilities to see that this is achieved. The judicial role in preserving the goals of the system comes to the fore once a case has proceeded to its adversary stage in court. A court appearance exposes a prosecution to public scrutiny. What happens in open court, therefore, creates the image of justice. The image of justice thus portrayed is a powerful determinant of the public's attitude toward the law. The attitude will be unfavourable and detrimental to the purposes of the law, unless the judge is perceived to act in an impartial manner. His impartiality will be judged by the degree to which he acts independently of the demands of either the Crown or the accused.

Although we do not advocate that all aspects of procedure should come under exclusive judicial control once the prosecution has reached the stage of court appearance, the arguments in favour of judicial control become more persuasive at this point. The trial judge, for example, should not decide what witnesses to call, but he should closely supervise the examination of witnesses to ensure that the rules of evidence are observed.

IV Basic Issues

(a) Introduction

In this Part we shall direct our attention to the practical problem of how to achieve a division of responsibility between the Crown and the judiciary that will reflect the fundamental goals of the system, and the principles governing the question of control. We cannot hope, within the compass of this Working Paper, to present answers to all problems. We shall, however, attempt to test the rational strength of our theoretical position by applying it to the solution of some selected problems. The scheme that will emerge will not be a guarantee of perfect justice. All we can hope to achieve is a system that minimizes the possibility of injustice by allocating responsibility to those deemed best suited to discharge it.

If we fail to convince others of the wisdom of our proposals, our minimum expectation is that we will have convinced them of the necessity of resolving the issue of control. The proper administration of justice requires the rationalization and definition of the roles of the participants. The criminal prosecution is inevitably a contest between the Crown and the accused. We do not wish to see the judiciary added as a third contestant in a battle for supremacy between the Crown and the courts. We urge, therefore, that the respective roles of the Crown and the judiciary be defined with as much precision as humanly possible.

(b) Federal and Provincial Responsibilities

A discussion of the division of authority between the Crown and the judiciary, and of Crown discretionary powers inevitably involves questions relating to the constitutional division of responsibility. Attitudes, social conditions, crime patterns and law en-

forcement practices vary from province to province, and from locality to locality within a province. Procedural law must recognize these variations, and permit a differential response to crime that reflects these differences. The division of powers under the British North America Acts permits this in assigning to the federal Parliament jurisdiction over criminal law and procedure, while giving to the provinces responsibility for the administration of justice. The administration of justice within a province includes the investigation and prosecution of Criminal Code offences. Apart from the relatively narrow category of non-Code offences where the federal authorities may initiate and conduct prosecutions, the discretionary powers examined in this Paper are, therefore, those of the provincial Crown.

Although never defined with precision, the federal legislative power in relation to criminal law and procedure appears to be extensive, and if exercised to the fullest would seriously reduce provincial authority over the administration and enforcement of the law. This is apparent when one considers the intimate connection between federally enacted rules of procedure and the exercise of discretion by the provincial Crown. Each federal rule of procedure restricts the scope of provincial administrative or discretionary freedom. In our view the proper role of Parliament in the exercise of its constitutional powers in relation to the criminal justice system is to establish through legislation minimum standards applicable throughout the country. These legislative standards will be, as they are now, subject to judicial control. Within the limits thus imposed by federal laws of procedure, provincial authority over the political aspects of the administration and enforcement of the criminal law should be maintained through the discretionary powers of the provincial prosecuting authorities. Determination of the exact limits of provincial and federal authority is beyond the scope of this Working Paper. We do not, however, envisage any substantial realignment of federal and provincial responsibilities.

(c) Restructuring the Charging Process

Decisions on the questions of whom to charge, what to charge, and what cases to prosecute in court are, as we have tried to demon-

strate, of central importance to the issue of control. In our view these decisions involve important political considerations, and for that reason should be mainly the responsibility of the Crown. Neither present law nor practice facilitates the exercise of this responsibility by the Crown prosecutor until first court appearance. In our view the prosecutor should have both the right and the duty to intervene at an earlier stage. The present situation, that permits compelling court appearance of a suspect through the combined action of the informant (usually a policeman) and the justice of the peace without the concurrence of the Crown prosecutor, is in our opinion unsatisfactory. As a matter of principle it appears to be irrational to permit a case to proceed to the stage of court appearance before the prosecution has been approved by the party who will bear ultimate responsibility for prosecutorial decisions. On the practical level the present system has no advantages except to save the time of overworked prosecutors prior to court appearance. We do not wish to suggest changes that the resources of the provincial prosecution services are unable to bear. But would review of all charges before court appearance significantly increase the workload of prosecutors? We suspect that it might only involve a rescheduling of activities, and hopefully a reduction in total time spent on a case. If mistakes have been made by the police in charging a suspect, either in the wording of the charge, or in launching a prosecution without sufficient evidence, or without considering a host of other factors that militate against prosecution, these mistakes will eventually have to be corrected by the Crown, if they are to discharge their responsibilities. We see no advantage in inconveniencing the Crown, the court, the accused and the police by requiring court appearances to correct these errors. The system would operate more smoothly and rationally if these mistakes were corrected before deciding to compel the appearance of the accused.

We recommend, therefore, subject to the exceptions noted below, that no prosecution should be permitted to advance to the stage of court appearance without the consent of a Crown prosecutor.

Any person, including a private citizen or a policeman, would continue to have the right to lay an information.

The authority of a justice to approve or disapprove compelling the accused's appearance should also be retained, at least as an interim measure. The justice's role is the only judicial intervention in the initial stages of the charging process. We are not convinced that judicial involvement is essential. Nor are we convinced that the justice's consideration of the case acts as a significant safeguard of the rights of the individual in the majority of cases. Nevertheless, we refrain from recommending his elimination from the charging process for a variety of reasons. The appointment and status, as well as many of the functions of a justice, fall under provincial jurisdiction. We are reluctant to suggest any change in federal law that might have an undesirable impact on the administration of justice in the provinces. We require more data on justices, and their work before making a final evaluation of their role in the charging process.

Although the justice will continue, in effect, to have the power to veto compelling the accused's appearance, his decision to order appearance will not be sufficient. We propose that after an information has been laid and the justice signifies his assent to a continuation of the prosecution, the case should be referred to a Crown prosecutor for his decision. The Crown prosecutor would then have the authority either to terminate the prosecution, to seek a non-prosecutorial method of disposition, or to compel the accused's appearance by approving the issue of summons or warrant or by confirming the appearance notice, promise to appear or recognizance. In deciding whether or not to continue the prosecution, Crown counsel would also be required to decide what is the correct charge and the correct form of the charge. If he believes that the wrong charge has been laid or that the form of the charge is defective he should have the authority to change the charge. He should be required to consult the informant before making any change in the charge, but the final decision on the charge and its form should be made by Crown counsel without further reference to the justice. In other words, when the accused eventually appears in court, the charge he will face will be that approved, with or without changes, by the prosecutor.

The only exceptions we envisage to the above procedure would be in cases where the accused is in custody, and in cases involving private prosecutions. The latter category of cases we discuss separately below. Where the accused has been arrested without warrant and is in custody, he should have the right to a prompt court appearance and decision relating to release. The existing rule requiring that he be taken before a justice within twenty-four hours, or as soon as possible, should be retained. A delay by the Crown in processing the case should not be allowed to jeopardize this right. The normal rule should be that if the Crown has not approved the charge by the time the accused is brought to court, he should be discharged.

If the proposals outlined above are to achieve their objective, law and practice have to be modified to ensure that prosecutors do not merely rubber stamp police decisions. The flow of information from the police to the prosecutors must be prompt and complete. Courts should be able to impose some type of sanction against the Crown to induce prosecutors to properly exercise their responsibilities before consenting to a prosecution. This could be done, for example, by refusing an adjournment, or by requiring greater precision and accuracy in the wording of the charge.

The requirement that the Crown intervene in charging decisions before court appearance would not only facilitate the performance of Crown counsel's adversary role, it would also be a mechanism through which the Crown could exercise its discretionary powers relating to diversion. If as we have suggested, the criminal process should be used with restraint, the Crown should be able to exercise this restraint at the earliest point in time, so that in appropriate cases the costs of invoking the process would be minimized.

In our Working Paper on *Discovery* we recommended that the preliminary inquiry be abolished, and replaced by a system of pre-trial discovery. The early intervention by Crown counsel will facilitate the discharge of his discovery obligations. The discovery proposal implies the abolition of the indictment and attendant procedures. The grand jury will no longer serve as an instrument of indictment. The Code provisions granting to the Attorney

General and his agents the right to prefer indictments will be repealed. We will be left with the information or something equivalent as the only form of charge, and the procedure by information will acquire even greater significance than at present. This in turn suggests a further reason for the early intervention of the Crown in the charging process.

One incidental effect of the abolition of the indictment procedure will be the disappearance of the Code provisions empowering a judge to prefer an indictment. As indicated in Part II, the existence of this power is difficult to reconcile with the judicial role in the adversary process. It is a power that may prove useful, for example, to facilitate the prosecution of government officials where the Attorney General refuses to prosecute. However, if such situations do arise, we believe that the recommendations we make below concerning private prosecutions will provide a satisfactory alternative to the present judicial power to indict.

Finally, we believe that, in imposing on the Crown the duty to review all charges before court appearance, the relationship between the police and the prosecutor will be clarified and rationalized. The police will continue to play the most active role in the initial stages of the process. As we recommended in the Working Paper on *Diversion*, the police should exercise discretion in deciding whether to charge a suspect or to seek a non-criminal disposition. If a charge is laid, responsibility for the conduct of the case will shift to the Crown prosecutor.

(d) Plea Bargaining*

Plea bargaining is now an established practice in many parts of the country. Some regard it as a perversion of justice. Others welcome it as an alternative to the adversary system. Still others claim that, whatever its merits or defects, it is essential to the efficient administration of the criminal law. Detailed information on the prevalence of plea bargaining and on the manner in which it operates does not exist. Enough is known of the practice,

* This section is based in large part on a study paper, "Plea Bargaining: Directions For Canadian Reform", prepared for the Commission by Darrell W. Roberts and Gerard A. Ferguson, and subsequently published in 52 Canadian Bar Review 497 (1974).

however, to enable us to conclude that it has become a significant factor in the administration of justice. What we know also compels us to condemn plea bargaining.

Much of the controversy surrounding plea bargaining results from disagreement as to what the practice is. We define a plea bargain as any agreement by the accused to plead guilty in return for the promise of some benefit. The parties to the agreement will usually be the accused and Crown counsel, but it is also possible for the police or the court to be party to the bargain. We shall concentrate our discussion on the form of plea bargaining that appears to be most common, namely, a bargain made with Crown counsel, and then briefly state our position on police and judicial bargaining.

A plea bargain between the Crown and the accused is made possible by the accused's right to plead guilty, and by the Crown's discretionary powers, particularly in charging. The accused relinquishes his right to trial by pleading guilty in return for some concession by the Crown. The Crown has a variety of inducements to offer; these include: reducing the number or seriousness of the charges, proceeding by summary conviction rather than by indictment on mixed offences, and making recommendations as to sentence favourable to the accused. The accused's motive in striking a bargain will usually be to obtain a lighter sentence; the Crown's motive will usually be its desire to dispose of the case with a minimum of delay, cost and effort.

We believe that the objections to plea bargaining are overwhelming. It detracts from the pursuit of the legitimate goals of the criminal justice system. It destroys the appearance and the reality of justice.

So long as the practice exists, parties will adopt tactics to maximize their bargaining strength. The Crown will be tempted to overcharge, or to exaggerate the strength of its case. The defence may use delaying tactics, elect a jury trial to obtain a bargaining advantage, exaggerate the strength of the defence, or refuse to plead guilty even where there is no hope of an acquittal. The entire pre-plea process thus becomes a ritual bearing no relationship to the realities of the case. The sentencing process is also

distorted. In so far as the Crown has adopted tactics that guarantee a lenient sentence to the accused, the court has been deprived of its power to impose a sentence appropriate to the offence and the offender. If the Crown has made promises as to sentence that depend on the discretion of the judge, the accused may be deprived of the benefit he hoped to purchase by his guilty plea.

Neither the public interest, nor the interests of the parties can be properly served by a system in which the merits of the case take second place to the bargaining strength and skills of the parties. The accused's interest will not be served if he is pressured to plead guilty by his lawyer's failures in negotiation. In extreme cases he may even be persuaded to plead guilty to an offence he did not commit. The public's interests will not be protected if administrative expediency is the principal factor governing the exercise of Crown counsel's discretion. A dangerous criminal should not be let off with a minor conviction and penalty just because he is willing to plead guilty, and thus save the state the time and expense of a trial. Nor does society benefit from a negotiated plea of guilty by a petty offender who should not have been prosecuted.

The evils of plea bargaining are magnified by the fact that it is generally conducted in secret. Involuntary pleas by accused persons, or unethical conduct by counsel can occur in the bargaining process. These will not be brought to light in court. What is disclosed in court will, at best, be an incomplete story; at worst, it will be an inaccurate story. Nor can the interests of the public or of the victim be protected if all major decisions in a case are made in secret negotiations.

Above all, we object to plea bargaining because it is contrary to the entire notion of justice. Justice should not be, and should not be seen to be, something that can be purchased at the bargaining table. Neither the public nor the offender can respect such a system. Once the Crown has decided in the public interest to prosecute a charge, bargaining for a plea should not be used as a substitute for judicial adjudication on guilt or sentence.

Plea bargaining is supported by some as a desirable method of achieving compassion and flexibility in the administration of the

law by providing an alternative to the "all or nothing" adversary contest. We do not agree. Flexibility, compassion, and non-adversarial methods of disposition are essential. They may be achieved, without resorting to plea bargaining, by the rational use of Crown discretionary powers. If, for example, it is in the interests of the accused and of society to charge a minor offence, carrying a light penalty, then the Crown should so charge; it has the power to do so without exacting the price of a guilty plea by threatening the accused with a more serious, less appropriate charge. We are not condemning the exercise of prosecutorial discretion. We are condemning, as unnecessary and as wrong in principle, the practice of making the exercise of the discretion dependent on the accused's plea of guilty, and on administrative expediency.

It is urged by many that plea bargaining is necessary in order to maintain a high proportion of guilty pleas, without which the administration of justice would grind to a halt.

A significant decrease in the number of guilty pleas would place strains on the resources of the criminal justice system. Long delays and "assembly line" justice are evils that must be avoided. Plea bargaining may give us a quick and cheap method of avoiding these problems, but it also impairs the quality of the system. If society places a value on justice, it should be prepared to pay the price by allocating sufficient resources to the criminal justice system. Also, within the limits of available resources, there are many procedures not involving plea bargaining, such as diversion, that may be employed to reduce the work of the courts.

Furthermore, we suspect that the casual connection between plea bargaining and a high percentage of guilty pleas has been exaggerated. Persons plead guilty for a variety of reasons. There are many ways in which guilty pleas can be encouraged without resorting to plea bargaining. As indicated above, some of the pressures encouraging plea bargaining are generated by the expectation of bargaining. Both sides adopt extreme positions to increase their bargaining strength. The attitude of the parties would be more realistic if they did not have to prepare for negotiations. If the Crown refrains from overcharging and adopts a positive, non-puni-

tive approach to sentencing, guilty pleas will be more readily entered. Full discovery of the Crown's case before trial may also induce more guilty pleas by persuading the accused of the futility of going to trial.

We are not convinced, therefore, that plea bargaining is an administrative necessity. The evidence is scarce and inconclusive. Even if the necessity of the practice were conclusively demonstrated, we would legitimize it as part of the procedural law only with that reluctance that inevitably accompanies any sacrifice of principle to expediency. Plea bargaining may save time and money. We doubt that the saving is worth the cost.

The objections to plea bargaining by the Crown apply also to bargaining by the police. In addition, bargaining by the police has the added disadvantage of involving the police in charging and other prosecutorial decisions that should be the responsibility of the Crown.

Judicial participation in plea bargaining is rare. Some critics of Crown bargaining have proposed, however, that judicial supervision of the practice might eliminate its undesirable features. Many forms of judicial involvement have been suggested. None in our view is satisfactory. Some of the proposals would imperil judicial impartiality, and require the judiciary to decide matters that are properly the political responsibility of the Crown. Certain forms of judicial review might have the merit of eliminating the secrecy surrounding plea bargains, and of protecting the rights of the accused. But these and other possible advantages are minor improvements that would not compensate for the basic evils of the practice. In a sense, judicial involvement in plea bargaining is the worst possible approach to the problem. It is an approach that would legitimize as a legal institution a practice which degrades the administration of justice.

We recommend, therefore, that plea bargaining be eliminated. This can be accomplished without legislation, if the Attorneys General issue directives to this effect to their agents, and if judges use their influence to discourage the practice.

(e) Private Prosecutions

Although the vast majority of prosecutions are presently conducted by representatives of the Crown, the law does permit a private individual to lay an information and conduct a prosecution, either personally or through counsel. His legal authority to prosecute in the name of the Sovereign is beyond dispute in summary conviction matters, and recognized by most authorities in the summary trial of indictable offences and at the preliminary inquiry stage of cases destined for higher court trial. The procedure for preferring an indictment dictates that a private prosecutor cannot take an indictable offence case to a higher court trial without the concurrence of either the Attorney General, his agent or the court.

Should the law accord any prosecutorial status to the private individual beyond the laying of an information? Although the problem does not arise frequently, there are situations where a private individual may have a legitimate interest in promoting a prosecution where the Crown has not undertaken the case. The case of the victim of a crime who wishes to see an offender brought to justice is one such situation. There may also be cases where an individual, although not personally a victim, may disagree with the Crown's reluctance to prosecute a particular offender; prosecution of government officials, of trade offences, or of environmental protection offences are examples of cases where there may be a legitimate demand for the right of private prosecution in the face of Crown inaction.

We think, therefore, that private prosecutions should be possible. But the procedure must ensure that a private prosecution cannot be used as a means of harassing the accused, or of circumventing the Crown's ultimate responsibility to act as the guardian of the common good. In order to achieve an acceptable compromise between the general responsibilities of the Crown for law enforcement, and the particular interests of the private prosecutor, we recommend the following procedure.

The right of anyone to lay an information should be retained. The procedure to be followed should depend on the status of

the justice who receives the information. If the justice is also a magistrate or a judge he should, before issuing process at the request of a private informant, give the Crown prosecutor an opportunity to present evidence and to make representations; he could in his discretion also permit the accused to be heard. The decision of the judge or magistrate on whether to allow or disallow the private prosecution would be final. If he approves of the prosecution he would issue process in the usual manner.

Where the justice who receives the information is not a magistrate or judge, the accused should be compelled to appear to answer the charge where both the justice and the local Crown prosecutor approve the prosecution. If either the justice or the Crown prosecutor refuse to consent to the prosecution, the private informant should be able to request a hearing of the matter by a judge or magistrate. At such hearing the informant, the prosecutor, and (with the consent of the judge or magistrate) the accused should be entitled to appear, present evidence and make representations. The decision of the judge or magistrate on whether to approve the prosecution and issue process would be final.

Where a private prosecution has been approved in the manner described above, the informant would be entitled to conduct the prosecution through all its stages, subject to what is said below as to the right of the Crown to intervene. Where a private individual has assumed responsibility for a prosecution, we believe that justice demands that a scheme should be devised to permit payment of his costs out of public funds.

In all private prosecutions, however, the ultimate authority of the Crown should be preserved. The Attorney General or his Deputy should have the power to personally authorize agents to intervene to enter a stay or to take over the prosecution. Even though we admit the importance of recognizing the interests of the individual, particularly of the victim, we recommend the retention of this control so that important matters of public policy remain under the supervision of the chief law enforcement officer. The necessity to preserve secrecy in relation to investigations that may be imperilled by the evidence in a private prosecution, or the political decision not to enforce a particular law are examples of

situations that justify this restriction on the right of private prosecution. A restriction on the right of private prosecution might also encourage crime prevention and non-prosecutorial methods of disposition. Corporate victims of minor offences, for example, should not be permitted to misuse the criminal process to deal with problems that could be handled more satisfactorily through improved internal security or out-of-court settlements.

The requirement that the Attorney General or his Deputy personally make the decision to intervene or to stay, coupled with the fact that they will generally be most reluctant to reverse a judicial decision approving the prosecution, are, we believe, adequate safeguards against abuse of this power.

Although we advocate restrictions on the right of private prosecution, this will affect the victim only in the adversary stages of the criminal process. In non-adversary proceedings, including diversion and compensation schemes, our proposals in previous Working Papers would permit the victim to play a central role.

(f) The Personal Responsibility of the Attorney General

The criminal justice system could not function if the Attorney General were required to personally supervise or conduct every case. Obviously he must delegate many of his powers to his agents. Such delegation does not, however, relieve the Attorney General of his overall responsibility for the administration of criminal justice. This must be maintained through indirect methods of supervising Crown counsel. The hiring of competent lawyers, requiring local prosecutors to periodically report to the Attorney General on their activities, and efficient management are techniques that will make supervision effective.

We also suggest that the Attorney General issue directives to his prosecutors establishing the policy to be adopted in the exercise of discretion. These policy guidelines will serve to increase the Attorney General's authority over Crown counsel. They can also be used to make the Attorney General politically accountable for his administration of the criminal law. To accomplish this we recom-

mend that these policy guidelines be published. They will be of interest and importance to the public. Although we do not suggest that they have the force of law subject to judicial review, they should be subject to public scrutiny and debate so that the Attorney General can be made politically accountable for his policies.

In a limited number of situations the Code does impose personal decision-making responsibility on the Attorney General or his Deputy. From the point of view of control, these laws have several advantages. They ensure that decisions are made by the chief law enforcement official who is presumably best qualified to exercise whatever political judgment is required. Some of these laws, such as those stipulating that the Attorney General must consent to the initiation of a prosecution, promote the principle of restraint. Others, such as the Code provisions requiring the Attorney General to personally prefer a direct indictment, ensure that exceptional procedures that may be detrimental to the accused are used sparingly. Most significantly for the purposes of this Paper, these requirements make political accountability a practical alternative to judicial review of the exercise of prosecutorial discretion.

We believe, therefore, that the technique of imposing personal responsibility on the Attorney General should be retained and exploited as one method of solving the issue of control. Obviously the technique is not appropriate for routine matters of daily occurrence. It must be reserved for exceptional and important matters. Practical considerations probably dictate that in some instances the law should permit the delegation of responsibility to the Deputy Attorney General.

In the following paragraphs we present examples of situations where we believe it is appropriate to impose personal responsibility on the Attorney General or his Deputy. Some are taken from the present law; others will involve changes in the law.

Any Crown power that permits a departure from standard procedures to the possible serious detriment of the accused should require the personal decision of the Attorney General, or, at least, of his Deputy. Any requirement of a jury trial against the wishes of the accused should be subject to this safeguard. As explained in

Part II, the present Code provides that a direct indictment may be preferred with the consent of a judge or by the Attorney General (and not his Deputy) where a preliminary inquiry has not been held, or where there has been a discharge at the preliminary. This procedure is useful to the Crown as a method of avoiding delay and expense in bringing a matter to trial, and to remedy errors made at the preliminary inquiry. Where, however, the accused insists on his ordinary right to a preliminary inquiry, or on adherence to the ordinary consequences of a discharge, the direct indictment procedure must be viewed as a serious infringement on standard procedural safeguards. If it is necessary to retain this procedure, its use should continue to be subject to the present requirement of the consent of either the court or the Attorney General. If the preliminary inquiry and indictment procedure is abolished, as we have suggested in our Working Paper on *Discovery*, then, of course, this issue becomes academic.

We also favour statutory provisions requiring the consent of the Attorney General or his Deputy for the prosecution of certain offences. Space does not permit the discussion of particular offences that might be made subject to this requirement. The requirement of consent is a convenient method of ensuring uniformity in enforcement practices. It may also be used to promote restraint in the prosecution of offences involving politically sensitive issues or of offences on which public opinion is divided. As applied to the offence of public nudity, for example, the rule acts as a check on overzealous or puritanical prosecutors. As applied to corrupt practices by holders of judicial offices, the consent rule prevents the harassment, and therefore preserves the independence of the judiciary.

Preventive detention is one of the most drastic sanctions available in our law. In our Working Paper on *Imprisonment and Release* we recommended the abolition of this sentence. So long as it is retained it should be used sparingly. Hence we favour the rule requiring the Attorney General or his Deputy to approve all applications for preventive detention.

The right of the Crown to appeal should continue to be subject to the approval of the Attorney General or his Deputy. This

rule acts as a restriction on public expenditures on appeals. It protects the accused against unnecessary litigation. It is also an effective method of supervising the work of Crown counsel.

In a previous section we suggested that a judicially approved private prosecution should be taken over or stayed by the Crown only with the personal consent of the Attorney General, or his Deputy.

Any doubt as to the law relating to stays should be removed by making it clear that a stay may only be entered with the personal consent of the Attorney General or his Deputy. This is a procedure of special significance to the issue of control because it is perhaps the most visible interference with a matter already before the courts. Hence the power to enter a stay should be used with great restraint so as not to destroy the appearance of justice or judicial independence.

We wish also to suggest the possibility of using another technique of transferring personal responsibility to the Attorney General. So far we have confined our remarks to statutory rules requiring the personal decision of the Attorney General or his Deputy in relation to specified matters. Would it not also be possible to give the judiciary the power to require the consent of the Attorney General as a condition for the continuation of a prosecution? We have in mind situations where the Crown has exercised its powers in accordance with strict legal requirements, but in a manner that is either oppressive to the accused, or brings the administration of justice into disrepute. If the court is of the opinion that the discretionary powers of the Crown have been improperly exercised, the court could adjourn the matter for the opinion of the Attorney General. The judge would then forward a report on case to the Attorney General, requesting the latter to decide whether or not to continue the prosecution. The review by the Attorney General would not be an adversary proceeding, but he would be free to consult anyone, including the parties to the case. The Attorney General would have the unfettered discretion to require the prosecution to continue. An alternative procedure would be to permit the trial judge to adjourn the matter for the opinion of the Chief Justice of

the superior trial court, who, if he deems the procedures oppressive, could in turn refer the case to the Attorney General for his decision.

This procedure of referring a case to the Attorney General as a condition of the continuation of a prosecution would have several advantages. It would avoid transferring to the judiciary matters that should remain the responsibility of the Crown. It would also avoid the difficult problem of attempting to codify rules empowering the judiciary to review the exercise of Crown powers. By way of example, we think most reported abuse of process cases could have been satisfactorily resolved through this technique. The procedure would be a safeguard against arbitrariness by either the Crown or the judiciary. Courts would be reluctant to refer trivial matters to the Attorney General. If a case were referred to him, the Attorney General would be loath to require the continuation of a judicially disapproved prosecution, except on grounds of overwhelming public importance.

(g) Restricting Crown Discretion

Certain discretionary Crown powers under the present law do not serve any fundamental goals of the system or the legitimate political authority of the Crown. Some seem to exist simply by reason of the fact that the courts and Parliament have not created legal rules governing the matters in question. The substitution of statutory rules for Crown discretion should, in our opinion, be undertaken by Parliament whenever there is a potential for abuse of discretion, and when no vital interest of the Crown is at stake.

We have already recommended in our Working Paper on *Discovery* that the Crown's discretion in communicating information to the accused before trial should be replaced by formal rules of discovery. Under these proposals, supervision of discovery will be in the hands of the judiciary.

It is impossible within the scope of this Paper to analyse in detail all the other discretionary powers that might be replaced by formal legal rules. We tentatively suggest, however, that the following matters should be considered for treatment in this fashion.

The frequency with which the issues are litigated suggests that the law relating to successive and multiple prosecutions is in need of reform. Several abuse of process cases have dealt with these problems. The law appears to be unnecessarily vague, with the result that the discretion of the Crown is unnecessarily broad. The statutory pleas of *autrefois acquit* and *autrefois convict* have been narrowly construed so that they do not solve many problems that arise in this area. Common law principles relating to double jeopardy have not developed to the stage of producing precise rules restricting Crown discretion in charging a multiplicity of offences or in bringing successive prosecutions arising out of the same incident.

Similar uncertainty surrounds the withdrawal of charges and dismissals by reason of the Crown's failure to present evidence. A recent decision holding that neither the Crown nor the court has the right to withdraw a charge, indicates, at the very least, the need for clarification of the law. Rules governing the termination of a prosecution, and the effects of such termination should be stated in the Code. The procedure before court appearance has been outlined in a previous section dealing with the charging process. Under our proposal, Crown counsel would have the discretion to terminate any prosecution in its initial stages, subject to the rights of a private prosecutor. Once a case has reached court, some controls should be placed on the power of termination. In cases of exceptional importance the existing Code procedure by way of stay could be used; as we suggested earlier, the personal decision of the Attorney General or his Deputy should be required as a safeguard against abuse. In other cases some form of judicial control is advisable. We do not think it possible to force the Crown to continue a prosecution against its wishes. Nevertheless, the court should be empowered by the Code to determine the effect of the termination on possible future proceedings against the accused. The Crown, for example, could be required to state reasons for requesting a withdrawal or for not presenting evidence. The judge would then decide whether or not future prosecutions of the accused for the same offence or for the same incident should be barred. The court should also be empowered to award costs to the

accused if the case is terminated without an adjudication on the merits.

The law relating to the wording of charges should also be examined. The purpose of reforming this aspect of procedure would not necessarily be the restriction of the Crown's charging powers. Rather, the primary objective should be clarification and simplification. Any elimination of the technicality and confusion surrounding problems of "duplicity" and "sufficiency" would, we believe, be welcomed by all concerned. Such restrictions on the Crown's discretion that would be incidental to a clarification in the law would not impair the legitimate powers of the Crown. Reform in this field would, we believe, be facilitated by our previous suggestion that Crown counsel should participate in charging decisions prior to first court appearance.

V Conclusion

Our central theme in this Paper has been the division of responsibility between the Crown and the judiciary for the control of the prosecution process. We have attempted to demonstrate the importance of the issue of control, and to provide a rational basis for defining the roles of the Crown and the judiciary. We have drawn a distinction between the political and non-political aspects of the administration of justice. So far as possible, political decisions should be made by the Crown. The primary function of the judiciary is adjudication. Adjudication requires an impartial and independent judiciary. In suggesting how authority should be divided between the courts and the Crown we have, therefore, tried to strengthen the independence and impartiality of the judiciary while maintaining the political responsibility of the Crown.

The main emphasis in the Paper has been on Crown discretionary powers in relation to the adjudicative function of the courts. The problem of the abusive exercise of Crown discretion has been one of our main concerns. We have advocated two principal methods of solving this problem. First, the personal responsibility and political accountability of the Attorney General should be increased. Second, non-essential discretionary powers that present the possibility of abuse should be replaced by formal legal rules, bringing the matters involved under judicial control.

We have considered, and rejected the possibility of giving the judiciary a general power to review the exercise of Crown discretion. Our reasons are the following: First, we think such a power of review would impose on the judiciary a burden its

resources could not bear. Second, it is not possible to put the judiciary in possession of all the information they would require in order to properly review prosecutorial decisions. Third, judicial review of Crown discretion would involve the judiciary in undesirable political controversy, and identify them too closely with police and prosecutorial functions.

Lastly, we believe that judicial review of Crown discretion is unnecessary. The existing law, coupled with the reforms we have suggested in previous parts of this Paper, will be adequate to permit the judiciary to fulfil its responsibilities to see that justice is done. A judge's power to interpret and enforce rules of substantive and procedural law, and his fact-finding role in non-jury trials give him considerable control over the conduct of a prosecution. The wide discretion the trial judge has in sentencing, particularly in his power to grant a discharge, gives him ample scope to mitigate any harshness of prosecution procedures. If our proposal to refer cases of alleged abuse to the Attorney General for his direction were adopted, the courts would have an effective method of dealing with most cases of misuse of Crown powers.

The proposals made in this Paper may not be greeted with universal acceptance. A concensus on fundamental issues in criminal procedure is not possible. We do hope, however, that our efforts will stimulate further discussion of these issues.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 15

PROCÉDURE PÉNALE

les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire

1975

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire

Prix: Canada: $2.00
Autres Pays: $2.40

Nº de catalogue J 32-1/15-1975

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1976

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

D^r^ J. W. Mohr, commissaire

D^r^ Gérard V. La Forest, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Attachés de recherche

Jerome Atrens, B.A., B.C.L., directeur

Louise Arbour, B.A., LL.L.

Table des matières

PAGE

PARTIE I: Une perspective axée sur la procédure..... 1

PARTIE II: Caractéristiques fondamentales du système actuel 5

a) La procédure relative au procès..... 5

b) Comment se porte une accusation?..... 6

c) Le statut de poursuivant du Procureur général et de ses représentants..... 11

d) Les pouvoirs du Procureur général et de ses représentants..... 13

e) Les limites du pouvoir discrétionnaire de la Couronne.. 18

PARTIE III: A la recherche d'un principe directeur..... 23

a) Les arguments à l'appui des pouvoirs de la Couronne.. 23

(i) Les contraintes d'ordre administratif..... 23

(ii) Le système accusatoire et l'impartialité du juge..... 24

(iii) Les principes constitutionnels et les conventions de la constitution..... 25

b) Les arguments à l'appui du pouvoir de surveillance des tribunaux..... 28

c) Les principes et objectifs fondamentaux..... 32

d) Vers une nouvelle définition du rôle de la Couronne et des tribunaux..... 36

PARTIE IV: Problèmes fondamentaux 43
a) Introduction 43
b) Les compétences fédérale et provinciales 44
c) Vers une nouvelle façon de porter une accusation 45
d) Le marchandage de plaidoyers 49
e) La poursuite privée 55
f) La responsabilité personnelle du Procureur général 58
g) Vers une limitation du pouvoir discrétionnaire de la Couronne 62

PARTIE V: Conclusion 65

I Une perspective axée sur la procédure

Un texte qui commence par une définition indispose souvent le lecteur, en plus de jeter une certaine confusion dans son esprit. Par conséquent, nous ne nous lancerons pas dans une recherche ardue et impossible de la définition précise de l'expression «procédure pénale». Il suffit de mentionner que c'est, dans son sens le plus étendu, cette partie du droit pénal qui s'intéresse aux méthodes par lesquelles l'État, par l'intermédiaire de ceux qui le représentent et des institutions qui le composent, réagit à la violation des interdictions du droit pénal. Le domaine de la procédure pénale est donc vaste et complexe. Il regroupe divers sujets: les pouvoirs de la police, le cautionnement, la représentation par avocat, la cueillette et la présentation des preuves, le procès et l'appel. S'il y a beaucoup à dire sur des sujets aussi importants et variés, ceux-ci comportent également plusieurs aspects au sujet desquels nos connaissances sont limitées et qui doivent faire l'objet d'études plus poussées.

La société réagit au crime de maintes façons. La première méthode qui nous vient à l'esprit, c'est la poursuite traditionnelle où le procès joue un rôle de premier plan. Toutefois, dans la majorité des cas, une infraction ne donne pas lieu à la tenue d'un procès. La perpétration ou le soupçon de la perpétration d'un fait punissable, ne met pas nécessairement en branle le procès ou une autre procédure uniforme et préétablie. La réaction à un crime dépend d'une multitude de facteurs, y compris les décisions prises par les participants au processus pénal comme la victime, le délin-

quant, la police, le juge de paix, le poursuivant, le juge et l'autorité correctionnelle. Pour bien comprendre à la fois le crime et la réaction sociale à ce phénomène, il faut évaluer tous les facteurs qui se conjuguent pour donner naissance aux diverses approches aux problèmes posés par la criminalité et le criminel. Ce document n'a pas la prétention d'entreprendre une étude aussi vaste sur le droit, la société et le comportement de la personne.

Notre enquête se veut plus modeste; elle porte sur ce qu'on pourrait appeler la réaction officielle au crime, des agents et des institutions de l'État. Même lorsqu'on le ramène à ces proportions, le sujet n'en demeure pas moins extrêmement vaste et il offre mille façons différentes d'aborder la discussion. On pourrait étudier par exemple les principales étapes qui marquent la poursuite pénale type, ou encore les droits fondamentaux du prévenu. Un document de travail conçu dans cet esprit constituerait certes un exercice intellectuel fort utile. Toutefois, nous avons décidé d'examiner sous une perspective différente certaines questions qui nous semblent fondamentales en procédure pénale canadienne. Nous avons décidé d'axer la discussion sur la responsabilité politique et la responsabilité judiciaire qui se rattachent aux poursuites pénales.

Notre étude porte en fait sur la procédure prévue au Code criminel qui régit les poursuites relatives aux infractions de compétence fédérale. Nous n'aborderons pas la procédure qui concerne les jeunes délinquants, celle-ci soulevant des problèmes difficiles et tout à fait particuliers. Les diverses façons de régler un problème pénal sans porter d'accusation sont exclues de notre discussion, sauf dans la mesure où elles se rapportent à l'objet de ce texte. Nous avons recommandé dans nos documents de travail précédents qu'on ait recours à la déjudiciarisation et à d'autres mesures semblables lorsque cela est possible. Néanmoins, il nous semble réaliste de croire que les techniques traditionnelles de poursuite n'en continueront pas moins d'être une caractéristique importante de notre système de justice pénale. Il nous a donc semblé opportun d'y consacrer une étude autonome.

Le présent document porte en définitive sur le pouvoir de choisir ou de diriger les procédures qui ont une influence déterminante sur le déroulement d'une affaire pénale.

Nous mettrons l'accent sur le partage des champs de responsabilité entre la Couronne et le pouvoir judiciaire. Nous ne ferons allusion que de façon accessoire aux autres participants au système pénal comme la victime, le délinquant, le témoin, le jury, le policier et le juge de paix. Certains d'entre eux n'exercent aucun contrôle sur la procédure; par conséquent il n'est pas essentiel d'examiner leur rôle, compte tenu des objectifs de ce document. Ainsi, le jury tranche le fond du litige, soit l'innocence ou la culpabilité du prévenu, mais il n'a aucune autorité pour diriger la procédure lors du procès. Pour leur part, la police et le prévenu ont une influence considérable sur le déroulement de la procédure. Le travail de la police et les pratiques en matière d'inculpation sont quelques-uns des facteurs qui influencent le plus l'administration de la justice pénale. Les décisions de l'accusé peuvent aussi influer sur la procédure. En plaidant non coupable, il demande à la Couronne de faire la preuve de l'accusation portée contre lui. Il fait donc valoir son droit à un procès et aux garanties offertes par la procédure qui le régit. Par souci de limiter tant la dimension que la complexité de ce document, nous discuterons de façon approfondie uniquement du contrôle exercé sur la procédure par la Couronne et les tribunaux.

Plusieurs raisons nous incitent à attacher une importance toute particulière à la répartition du pouvoir de décision entre la Couronne et la branche judiciaire. Cette question soulève des problèmes importants d'ordre constitutionnel. Elle clarifie les aspects discrétionnaires de l'administration de la justice, en plus de situer dans leur cadre véritable les propositions que nous avons faites dans des documents de travail antérieurs sur l'exercice de pouvoir discrétionnaire. Elle a enfin une incidence directe sur de nombreuses autres questions, tels les droits de la victime et du prévenu.

La loi actuelle n'a pas de théorie ou de pratique cohérente concernant la répartition des secteurs de responsabilité entre la Couronne et les tribunaux. Les textes de loi et la jurisprudence traitent du contrôle de la procédure de façon fragmentée, sans laisser transparaître une philosophie sous-jacente claire et nette. Il faudra donc, pour répondre aux questions fondamentales soulevées par le thème principal de ce document, procéder à un

examen du processus pénal sous divers angles. Pour ce faire, nous commencerons dans la IIe Partie par discuter, tant du point de vue de la règle de droit que de la pratique, des principales caractéristiques de la procédure pénale qui ont une incidence directe sur le rôle joué par la Couronne et les tribunaux. Nous nous interrogerons ensuite dans la IIIe Partie sur le principe qui sous-tend ces diverses particularités, et nous proposerons un fondement théorique pour l'attribution de la responsabilité. Enfin les conclusions que nous aurons formulées seront mises en application lors de la discussion de problèmes particuliers dans la IVe Partie.

II Caractéristiques fondamentales du système actuel

a) La procédure relative au procès

Même si, dans la majorité des cas, une infraction n'aboutit pas à la tenue d'un procès, ce dernier exerce néanmoins une influence incontestable sur plusieurs aspects de la procédure et en particulier sur la division de l'autorité relative à la conduite d'une affaire entre le pouvoir judiciaire et la poursuite.

Au Canada, la procédure pénale est de nature accusatoire. Elle diffère à plusieurs égards du type de procédure qui régit les affaires civiles. Comme nous l'expliquerons plus en détails dans la partie suivante, certaines de ces différences découlent du rôle particulier de la Couronne. Celle-ci exerce une fonction étrangère au système accusatoire et quasi judiciaire, soit celle de représentant impartial du bien public au sein de l'administration de la justice pénale. De plus, le fardeau de preuve exigeant imposé à la Couronne, de même que le droit au silence du prévenu, permettent à ce dernier de jouer un rôle moins actif que le défendeur dans une poursuite civile. Néanmoins, comme l'explique notre document de travail sur *La déjudiciarisation*, le procès pénal se présente, à l'instar du procès civil, sous la forme d'un débat entre deux parties, la Couronne et l'accusé. Les parties ont la responsabilité de formuler les questions de droit et de faits qui se dégagent du litige, et de les étayer au moyen d'une preuve pertinente; cette tâche, soulignons-le, incombe avant tout à la poursuite. Le juge ne joue pas un rôle actif dans la définition ou le déroulement du litige, si ce n'est de veiller au respect par les parties des règles de procédure. Sa fonction consiste à rendre une décision sur les

litiges qui lui sont soumis en fonction de l'hypothèse voulant que la qualité de la justice rendue par le tribunal se mesure non seulement à l'aune de la sagesse du juge, mais aussi à celle de son impartialité. Dans le cadre du procès, ceci veut dire que le juge ne doit pas épouser la cause de l'une des parties. S'il a une «cause» à défendre, elle ne s'identifie pas à celle de l'un ou l'autre des plaideurs. Elle présente un caractère plus abstrait et elle consiste à administrer la justice conformément à la loi.

Qui dit système accusatoire dit également impartialité judiciaire. Or, comme nous l'expliquerons dans la III[e] Partie, ceci impose certaines restrictions à l'autorité judiciaire.

b) Comment se porte une accusation?

Une poursuite pénale n'est pas une enquête tous azimuts sur la conduite du prévenu dans le but de vérifier s'il s'est livré à un comportement répréhensible. La façon dont le principe de la légalité est appliqué au système judiciaire accusatoire restreint la portée d'une poursuite par le biais de deux règles fondamentales. En premier lieu, nul ne peut être l'objet d'une poursuite pénale si ce n'est pour une infraction créée par une loi ou de par l'autorité de celle-ci. En deuxième lieu, et cela est encore plus important dans l'optique de ce document, on ne peut faire subir un procès à un délinquant et le condamner que pour les infractions mentionnées (ou incluses) dans l'accusation portée contre lui. Si, par exemple, le procès porte sur une accusation de voies de fait, et que la preuve révèle la perpétration d'un vol et non de voies de fait, le verdict doit en être un d'acquittement. L'accusation logée contre le prévenu sert donc de fondement à toutes les décisions relatives aux problèmes soulevés à l'occasion du litige. On comprend sans mal l'importance que revêt le pouvoir de décision en matière d'inculpation. Il serait tout à fait compatible avec le modèle de système accusatoire esquissé ci-devant, d'affirmer que la décision de porter une accusation relève de la Couronne. Toutefois, la réalité ne paraît pas aussi simple lorsqu'on examine le droit écrit et la pratique de tous les jours. L'attribution du pouvoir de décision en matière d'inculpation est à ce point

dispersée qu'il est à peu près impossible d'en donner une brève description ou une rationalisation satisfaisante. La complexité de la situation actuelle est en partie le produit de l'histoire; elle s'explique peut-être par une sorte de répugnance instinctive à conférer à une seule personne ou à une seule autorité les vastes pouvoirs inhérents au processus d'inculpation.

Pour comprendre la façon dont on porte une accusation, on doit bien saisir la nature du document qu'on appelle la «dénonciation» et des procédures qui s'y rattachent. Entendue au sens générique, «l'accusation» est synonyme de «dénonciation», sauf dans les cas relativement peu nombreux où le prévenu est jugé devant un tribunal supérieur par voie d'acte d'accusation. Même là le tout commence par une dénonciation, à moins qu'il n'y ait mise en accusation directe. Mis à part le recours à certaines méthodes visant à contraindre le prévenu à comparaître, le moment où une dénonciation est déposée marque généralement la première étape officielle d'une poursuite pénale. Dans les cas où il n'y a pas d'acte d'accusation, c'est la dénonciation qui précise les infractions dont on accuse le prévenu. Elle sert de fondement à la juridiction qu'a le tribunal sur le prévenu. On y trouve également la formulation des questions de droit et de faits en litige.

En vertu du Code criminel, «Quiconque croit, pour des motifs raisonnables et probables, qu'une personne a commis une infraction peut faire une dénonciation devant un juge de paix».* Lorsque le plaignant dépose une dénonciation devant un juge de paix, il affirme sous serment sa croyance dans la véracité de son allégation à l'effet que l'accusé a commis l'infraction décrite dans ce document.

Ainsi donc, selon la théorie exprimée dans le Code, cette première étape dans le processus d'inculpation est due à l'initiative d'un individu, et non à celle de l'État. Les seules exceptions à cette règle se rapportent aux situations relativement peu nombreuses où la loi prévoit qu'une procédure ne peut être intentée sans le consentement

---

* L'art. 2 du Code définit un «juge de paix» comme «un juge de paix ou un magistrat»; le «magistrat» comprend entre autres un juge des sessions de la paix et un juge d'une cour provinciale. Dans la plupart des provinces c'est le juge de paix qui reçoit les dénonciations.

du Procureur général ou d'un autre personnage officiel qu'elle désigne à cette fin; on peut dire qu'une certaine forme d'intervention officielle entoure la présentation de la dénonciation du fait que la majorité des accusations sont portées par la police.

La dénonciation ne devient exécutoire ou pour exprimer cette idée d'une autre façon, la poursuite ne commence officiellement qu'au moment où, dans l'exercice du pouvoir que lui confère le Code, le juge de paix entend les allégations du dénonciateur et, s'il le juge à propos, celles d'autres témoins. Il décide alors s'il y a lieu de contraindre le prévenu à comparaître pour répondre à l'accusation portée contre lui. S'il estime que les allégations du dénonciateur ou d'autres témoins le justifient de le faire, il émet une sommation ou un mandat, ou confirme la citation à comparaître, la promesse de comparaître ou l'engagement, selon le cas. A ce stade, la procédure ne consiste plus dans la simple allégation d'un citoyen ordinaire. C'est en invoquant l'autorité de l'État que le juge de paix ordonne la comparution du prévenu devant le tribunal. Ainsi, lorsqu'un juge de paix émet une sommation, le pivot de la formule commence par les mots: «A ces causes, les présentes vous enjoignent au nom de Sa Majesté de comparaître» à telle heure et à tel endroit.

La théorie généralement reçue veut qu'à ce moment le juge de paix remplisse une fonction judiciaire, et que la procédure décrite ci-dessus vise à faire en sorte que personne ne soit arrêté en vertu d'un mandat ou contraint d'une autre façon de comparaître devant le tribunal sans l'intervention d'une décision judiciaire à cet effet. En réalité, cette procédure revêt un caractère plus administratif que judiciaire; il est rare que le juge de paix entende d'autres allégations que celles du dénonciateur. Lorsqu'il décide d'entendre les dépositions d'autres témoins il tient une pré-enquête, et celle-ci a lieu en l'absence du prévenu. Par conséquent, il est peu probable qu'il reçoive une version complète ou impartiale des faits.

Ce n'est que par rapport aux infractions relevant de la procédure de mise en accusation, à l'exclusion de celles qui sont instruites sommairement, que le Code confère à la Couronne de façon expresse mais non exclusive le pouvoir de porter une accusation. Dans le cours normal des choses, le procès qui se tient devant une

cour supérieure en vertu d'un acte d'accusation est précédé d'une enquête préliminaire portant sur les différents chefs contenus dans la dénonciation. S'il y a citation à procès, l'autorité compétente doit présenter un acte d'accusation avant le début du procès. Si le prévenu a opté en faveur d'un procès devant un juge sans jury, un acte d'accusation «doit être présenté par le Procureur général ou son représentant, ou par toute personne ayant le consentement écrit du Procureur général, et dans la province de Colombie-Britannique, un tel acte d'accusation peut être présenté par le greffier de la paix». Si le procès a lieu devant un juge et un jury, l'acte d'accusation peut être présenté par le Procureur général ou son représentant, par toute personne ayant le consentement écrit d'un juge de la cour ou du Procureur général, ou par ordonnance de la cour. Le pouvoir conféré aux cours de première instance de présenter un acte d'accusation a des implications théoriques difficilement conciliables avec le modèle de système accusatoire décrit dans les pages précédentes. Le droit reconnu à quiconque de présenter un acte d'accusation avec le consentement du Procureur général ou du tribunal permet qu'une poursuite privée ait lieu selon la procédure de mise en accusation. Toutefois, dans la très grande majorité des cas, c'est le représentant du Procureur général qui présente l'acte d'accusation.

Dans les provinces où le grand jury n'existe pas, la présentation de l'acte d'accusation par l'autorité compétente suffit à donner juridiction pour instruire le procès du prévenu. Par contre, dans les provinces qui ont conservé le grand jury, l'accusation est intentée devant lui. Il doit déclarer la mise en accusation fondée pour que le prévenu ait à subir un procès. Étant donné qu'en pratique le grand jury refuse rarement d'endosser la mise en accusation, la décision d'inculper revient en réalité à celui qui a présenté l'acte d'accusation, soit en général le représentant du Procureur général.

Le pouvoir que la loi confère au Procureur général de présenter un acte d'accusation n'a de portée pratique qu'à l'égard d'un faible pourcentage d'infractions relevant de la procédure de mise en accusation où le procès a lieu devant un juge seul ou un juge et un jury. La grande majorité des infractions jugées en vertu d'un acte d'accusation sont instruites au cours de «procès sommaires» par des

tribunaux exerçant la juridiction d'un magistrat* suivant la partie XVI du Code. Lorsqu'il s'agit d'une infraction de cette nature ou d'une infraction punissable par voie de déclaration sommaire de culpabilité, l'inculpation est incorporée dans la dénonciation.

On peut donc se demander où se situe le rôle de la Couronne, i.e. du Procureur général et de ses représentants, dans le processus de dépôt d'une dénonciation. Comme on a pu le constater le Code est muet à cet égard, exception faite des rares cas où il exige le consentement du Procureur général pour intenter une poursuite. La participation de la Couronne antérieure à la première comparution du prévenu dans la décision de porter une accusation, relève davantage de la loi et des pratiques locales que des règles de procédure pénale. La responsabilité des agissements de la police que portent en tant que ministres certains Procureurs généraux provinciaux, leur permet d'exercer une certaine influence sur sa politique d'inculpation. Cependant, il est assez rare qu'ils aillent jusqu'à lui donner des instructions dans des cas particuliers. La plupart du temps, le degré de participation de la Couronne dans le processus d'inculpation dépend de la nature des rapports de travail qui existent entre le procureur de la Couronne et la police. Dans plusieurs grandes agglomérations urbaines, c'est la police qui prend l'initiative d'intenter une poursuite. Elle consulte le procureur de la Couronne uniquement dans certains cas qui présentent une importance ou une difficulté exceptionnelle. Dans d'autres régions, il est de pratique courante de s'entretenir avec le procureur de la Couronne avant de porter une accusation. Il peut être difficile pour l'avocat de la poursuite d'exercer pleinement ses responsabilités relatives à la conduite d'une affaire si la décision de loger une poursuite revient à la police, d'autant plus que bien souvent on ne le met pas au courant du dossier avant la première comparution devant le tribunal. Si l'accusation repose sur une preuve insuffisante, si elle comporte un vice de

---

* Le titulaire de la fonction de magistrat dans le cadre du «procès sommaire» est désigné par l'autorité provinciale, et son titre officiel varie de province en province: «magistrat», «juge de la cour de magistrats», «juge de la cour provinciale» ou «juge des sessions de la paix». Dans la province de Québec, un juge des sessions de la paix peut exercer la juridiction de la partie XVI appartenant soit à un magistrat soit à un juge sans jury. Par contre, dans d'autres provinces, le titulaire de la fonction de magistrat ne peut exercer la juridiction dévolue par la partie XVI à un juge sans jury.

forme, si on a inculpé le prévenu sous le mauvais chef ou si la police a commis quelque autre erreur en portant l'accusation, le procureur de la poursuite n'a pas l'occasion de corriger cette faute avant la comparution de l'intéressé soit à une étape antérieure au procès, soit au procès lui-même. Il est assez étrange que la loi permette à cette situation d'exister, compte tenu de l'importance que revêt l'accusation à tous les stades de la poursuite.

c) Le statut de poursuivant du Procureur général* et de ses représentants

En théorie, tout crime constitue une infraction contre l'État, lequel est représenté par la Couronne. Toutefois, la tradition anglaise de common law ne réserve pas le droit de poursuite aux seuls représentants de la Couronne. Elle reconnaît au citoyen non seulement le privilège, mais aussi le droit de traduire un déliquant en justice. Au dix-neuvième siècle, Stephen résumait la situation comme suit:

> [TRADUCTION] La poursuite pénale est, en Angleterre, et à ma connaissance, uniquement en Angleterre et dans certaines colonies anglaises, confiée entièrement à de simples particuliers ou aux officiers publics qui agissent à titre de simples particuliers et n'ont à vrai dire que les pouvoirs juridiques attribués à ces derniers.

Même de nos jours où, en Angleterre, la majorité des poursuites ont un caractère public en ce sens qu'elles sont intentées par la police, l'influence du passé se fait toujours sentir. En effet c'est la police et non une autorité centrale qui retient les services de l'avocat de la poursuite, sauf dans les cas assez peu nombreux où l'affaire est menée entièrement par le Director of Public Prosecutions, ou par d'autres ministères.

Au Canada, le Code reconnaît encore au simple particulier le droit de déposer une dénonciation et, d'une façon assez restreinte

---

* Dans certaines provinces, le Procureur général porte le titre de «Ministre de la justice» ou de «Solliciteur général». A l'exception des cas visés par les art. 505(4) et 507(3), la mention que fait le Code du Procureur général comprend toujours celle de son substitut légitime. (cf. art. 2 du Code criminel)

et mal définie, de mener la poursuite dans certaines catégories d'affaires. Il ne serait toutefois légitime ni en théorie ni en pratique, de voir dans la poursuite moyenne un caractère «privé». La plupart d'entre elles commencent, comme nous l'avons déjà mentionné, par une dénonciation émanant d'un policier. Ce n'est généralement pas le procureur de la police ou celui d'un citoyen ordinaire qui plaide l'affaire, mais bien un avocat qui agit au nom du Procureur général.

Depuis les temps les plus reculés, le roi d'Angleterre fut considéré comme la fontaine de justice d'où coulait en flots abondants la source de l'autorité constitutionnelle permettant de poursuivre les criminels. Cette procédure ne visait pas uniquement à maintenir la paix, mais également à accroître le pouvoir et les rentrées de fonds de la Couronne. En Angleterre et au Canada les poursuites sont encore de nos jours menées au nom du souverain. Le principal conseiller juridique et représentant de la Couronne devant les tribunaux est, de par la tradition, le Procureur général. Bien qu'il ne soit plus un simple serviteur de la Reine, le Procureur général d'Angleterre n'en demeure pas moins le poursuivant en chef de l'État. La loi lui confère le pouvoir d'instituer des poursuites pour diverses infractions. C'est le ministre responsable du Director of Public Prosecutions, lequel a la charge de la conduite des poursuites relativement à un certain nombre d'affaires graves bien qu'assez peu nombreuses. De plus, il conserve le pouvoir absolu issu du common law de mettre fin à une poursuite en ordonnant un *nolle prosequi*.

Pour sa part, le Canada est allé encore plus loin en consacrant et en développant le rôle de poursuivant dévolu au Procureur général. En vertu de la constitution, l'application de la loi relève au premier chef de la compétence des provinces et, dans chacune d'elles, le Procureur général détient au nom de la Couronne la responsabilité première en ce qui concerne la mise à exécution de la loi. L'exercice de ce pouvoir n'est pas réservé, comme en Angleterre, à une infime catégorie de cas exceptionnels. Au contraire, l'administration quotidienne du droit pénal est du ressort du ministère du Procureur général, et la grande majorité des poursuites sont menées par des avocats qui agissent au nom du Procureur général de la province et relèvent de lui. La façon dont on nomme le procureur de la Couronne et dont on surveille son travail varie d'une province

à l'autre. On note toutefois une tendance vers la constitution de services de procureurs de la poursuite salariés travaillant à temps plein pour le ministère du Procureur général. Un service analogue existe aussi au niveau fédéral, et il relève du Procureur général du Canada qui est également ministre de la Justice. Le Code restreint l'autorité des procureurs fédéraux aux poursuites intentées dans les territoires du Nord-Ouest et du Yukon, et à celles qui sont logées par le gouvernement fédéral ou en son nom et ne se rapportent pas à des infractions ressortissant au Code criminel.

On trouve une reconnaissance explicite du caractère public de la poursuite pénale dans certaines lois provinciales, dans de nombreuses dispositions du Code attribuant des pouvoirs exprès au Procureur général ou à ses représentants, de même que dans les diverses définitions qu'il donne du mot «poursuivant». L'art. 2(34) énonce ce qui suit:

> «poursuivant» désigne le Procureur général, ou, lorsque celui-ci n'intervient pas, la personne qui intente des procédures visées par la présente loi, et comprend un avocat agissant pour le compte de l'un ou de l'autre.

De même, dans le chapitre traitant des déclarations sommaires de culpabilité, le mot poursuivant «signifie un dénonciateur ou le Procureur général ou leurs avocats ou agents respectifs».

En outre, il est important de souligner que le Procureur général n'est pas uniquement de par la loi le conseiller juridique en chef de la Reine investi du pouvoir d'intenter des poursuites pénales. Comme nous l'expliquerons dans la III[e] Partie de ce document, c'est également un ministre de la Couronne qui, dans la plupart des provinces, assume de grandes responsabilités en ce qui concerne l'administration de la justice, y compris le système judiciaire, la police et les prisons.

d) Les pouvoirs du Procureur général et de ses représentants

Il convient d'examiner maintenant l'étendue des pouvoirs du Procureur général et de ses représentants en matière de poursuite.

Il ne serait pas possible ni même très utile de dresser une liste complète de ses pouvoirs, qu'ils lui soient conférés par la loi ou par le common law. Le poursuivant, à titre d'avocat de la Couronne, possède à la fois les privilèges et les obligations qui découlent de sa double fonction de partie à une procédure accusatoire et de titulaire de responsabilités particulières en matière d'administration de la justice. Ainsi lorsqu'un prévenu sous garde comparaît devant un juge de paix, le poursuivant doit démontrer pourquoi il ne doit pas être remis en liberté sur simple engagement de sa part assorti d'aucune condition particulière. Lors de l'enquête préliminaire, il doit convaincre le juge de paix qu'il existe suffisamment de preuve pour citer le prévenu à son procès. Au procès, la Couronne doit formuler les questions litigieuses que soulève l'accusation et présenter une preuve de nature à établir la culpabilité du prévenu au-delà de tout doute raisonnable.

Examinons maintenant les pouvoirs de la Couronne qui se rapportent directement à l'objet de ce document:

a) Comme nous l'avons déjà souligné, le droit n'accorde pas de statut spécial au procureur de la Couronne pour le dépôt d'une dénonciation. L'influence qu'il exerce sur le déclenchement d'une poursuite dépend des rapports de travail qui existent entre la police et lui-même, de même que des pratiques locales régissant le dépôt d'une dénonciation par un particulier. Lorsqu'il ne prend connaissance du dossier qu'au moment de la première comparution du prévenu, il est évident qu'il doit prendre soit sur-le-champ, soit à une étape ultérieure du litige, sa décision relative à l'inculpation. Quel que soit le moment où le poursuivant prend un dossier en main, il est maintenant admis qu'à part les affaires les plus simples et celles qui ne sont pas contestées, il doit examiner l'inculpation pour déterminer s'il y a lieu de continuer la poursuite, choisir les accusations et leur formulation et décider de l'opportunité de regrouper les chefs d'accusation ou de les séparer et de faire subir à plusieurs prévenus un procès conjoint ou des procès distincts. S'il est vrai que le tribunal peut réviser la décision de la Couronne de réunir des chefs d'accusation ou de faire subir un procès conjoint à plusieurs prévenus, et ordonner la

tenue de procès séparés «lorsque les fins de la justice l'exigent», il hésite beaucoup à renverser la décision prise par le poursuivant dans ces divers domaines.

b) Le Procurer général exerce un contrôle direct sur l'inculpation du prévenu pour certaines infractions au sujet desquelles la loi exige l'autorisation du Procureur général pour intenter une poursuite. Par exemple, on ne peut porter d'accusation de corruption d'une personne occupant une charge judiciaire sans obtenir le consentement écrit du Procureur général du Canada. Le Procureur général d'une province doit aussi donner son consentement aux poursuites découlant de certaines infractions, par exemple celle qui consiste à rendre un témoignage contradictoire dans l'intention de tromper, ou à publier une matière indécente relativement à une procédure judiciaire.

c) Une demande visant à obtenir la détention préventive d'un repris de justice exige le consentement du Procureur général de la province où l'accusé doit être jugé.

d) Même lorsque la poursuite est intentée et menée par un particulier, le Procureur général ou ses représentants ont le droit, en vertu du Code et du common law, de prendre la direction de l'affaire et d'y mettre un terme ou de la continuer.

e) Pour ce qui est des infractions «mixtes», c'est-à-dire celles qui peuvent faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation ou de déclaration sommaire de culpabilité, c'est le poursuivant, et non le prévenu ou le tribunal, qui a la discrétion absolue du choix du mode de poursuite.

f) Comme nous l'avons indiqué plus haut, le Code reconnaît expressément les pouvoirs du poursuivant en matière d'inculpation dans les articles qui permettent au Procureur général et à ses représentants de présenter directement un acte d'accusation en vue d'un procès devant une cour supérieure. L'acte d'accusation n'est pas restreint au chef sous lequel le prévenu a été renvoyé pour subir son procès; il peut comporter un chef d'accusation fondé sur les faits révélés par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire. En pratique, le grand jury

et les cours exercent rarement leur pouvoir de présenter des accusations contraires aux désirs de la Couronne. Même dans le cas où le grand jury refuse de mettre le prévenu en accusation, la Couronne a le droit de présenter un nouveau projet d'acte d'accusation devant un autre grand jury.

g) Le recours à l'enquête préliminaire dans le but de contrôler les pouvoirs de la Couronne n'est offert qu'à l'égard des infractions assez peu nombreuses qui sont punissables par voie de mise en accusation et relèvent de la compétence d'un tribunal autre que celui présidé par un magistrat. La libération du prévenu au terme de l'enquête préliminaire met normalement fin aux poursuites. Le Code permet toutefois à la Couronne d'éviter les conséquences normales de cette libération. Les articles 505(4) et 507(3) autorisent le Procureur général (et non ses représentants) à présenter directement un acte d'accusation. Cette procédure permet de mettre un prévenu en accusation sans recourir à l'enquête préliminaire ou à la suite d'une libération au terme de l'enquête préliminaire. De plus, s'il faut en croire certaines autorités, la libération du prévenu à l'enquête préliminaire n'empêcherait pas la Couronne de demander la tenue d'une deuxième enquête préliminaire relativement à la même infraction, dans le but d'obtenir une citation à procès.

h) Bien que la plupart des actes criminels offrent au prévenu la possibilité de choisir entre divers types de procès, la Couronne détient des pouvoirs exceptionnels grâce auxquels elle peut court-circuiter ses désirs. Le recours à la procédure de mise en accusation directe dont nous avons parlé ci-dessus, peut servir non seulement à éviter l'enquête préliminaire, mais également à exiger un procès avec jury pour tout acte criminel. De plus, le Code autorise le Procureur général ou son substitut à exiger un procès par jury dans tous les cas où le prévenu est inculpé d'une infraction punissable d'une peine de prison de plus de cinq ans.

i) Le Code permet au prévenu qui a choisi un mode de procès de revenir sur sa décision et de choisir un autre mode de procès. Cependant, dans certains cas, ce droit à un nouveau

choix est soumis au consentement du Procureur général ou de son représentant.

j) Comme nous l'avons expliqué en détail dans notre document de travail sur la *Communication de la preuve*, la communication de renseignements au prévenu avant son procès dépend, sauf pour de rares exceptions, du bon vouloir de la Couronne. Ainsi, à l'enquête préliminaire, le procureur de la poursuite n'a qu'à faire une preuve *prima facie*, sans être tenu de divulguer tous les éléments dont il pourra disposer au moment du procès.

k) Lors du procès, il existe assez peu de règles pour encadrer les décisions de la Couronne relatives à la tactique à suivre et à la preuve à offrir. En théorie, la Couronne est tenue de présenter tous les éléments de preuve matériels qui sont nécessaires à la compréhension des faits. Toutefois, les tribunaux ont déclaré qu'ils ne s'immisceraient pas dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de la Couronne, sauf si elle est mue par quelque mobile «oblique».

l) Lorsque la Couronne a intenté une poursuite, elle n'est pas tenue de la mener à terme, et on voit rarement les tribunaux contester le pouvoir qu'a la Couronne de retirer une accusation, même si ce pouvoir est soumis à l'autorisation judiciaire. En outre, la Couronne peut s'abstenir de présenter quelque preuve que ce soit et contraindre ainsi la cour à prononcer un acquittement. La question de savoir si le retrait d'une accusation ou l'acquittement consécutif au refus de la Couronne d'offrir une preuve, empêche cette dernière de porter une autre plainte fondée sur la même infraction, n'a pas reçu de réponse claire. Cette question est trop complexe pour que nous puissions l'examiner dans le cadre de ce document.

m) Le pouvoir de demander un arrêt des procédures que le Code confère au Procureur général ou à l'avocat mandaté à cette fin, constitue un acte de nature administrative. Celui-ci n'est pas soumis au contrôle des tribunaux et il n'empêche pas qu'on porte subséquemment une autre accusation pour la même infraction. On constate d'un bout à l'autre du pays une grande variété d'opinions et de pratiques en ce qui concerne

la fréquence avec laquelle le Procureur général exerce ce pouvoir, le moment au cours de l'instance où il peut l'invoquer et le degré de responsabilité personnelle qui découle pour lui de cette décision. Lorsqu'en ordonnant l'arrêt des procédures la Couronne n'a aucune intention de reprendre les poursuites, le seul préjudice subi par le prévenu réside dans l'impossibilité où il se trouve de voir son innocence reconnue. En revanche, lorsque l'arrêt des procédures a pour seul but de permettre à la Couronne de corriger ses erreurs ou de contourner une décision défavorable du tribunal, on est en droit de se demander s'il y a eu abus du pouvoir discrétionnaire. Quelle que soit l'utilisation qu'on puisse en faire, la possibilité de demander l'arrêt des procédures est une illustration fort éloquente des pouvoirs discrétionnaires de la Couronne.

n) Le marchandage de plaidoyer sous toutes ses formes constitue un pouvoir important qui appartient au poursuivant et restreint le contrôle exercé par le tribunal sur le déroulement du litige. En général, les tribunaux ne participent pas aux négociations qui aboutissent à une entente relative au plaidoyer. Lorsqu'il reçoit un plaidoyer de culpabilité conclu dans ces circonstances, le juge est placé devant un fait accompli. L'affaire se trouve ainsi réglée pour des motifs qui n'ont pas nécessairement de rapport avec le bien-fondé de l'accusation et d'une façon qui limite l'autorité de la Cour relativement à l'imposition d'une peine.

o) Même si cette question déborde le cadre du présent document, il faut souligner que le droit de la Couronne de se pourvoir en appel et d'utiliser les voies de recours extraordinaires constitue deux aspects importants du contrôle qu'elle exerce sur les poursuites pénales.

e) Les limites du pouvoir discrétionnaire de la Couronne

Pour donner une image fidèle de l'évolution d'une affaire pénale, il faudrait compléter notre description des pouvoirs discré-

tionnaires de la Couronne par un examen de la façon dont les autres participants au système pénal peuvent influer sur le déroulement d'une poursuite. Comme nous l'avons indiqué dans la première Partie, le choix des procédures et le dénouement de l'affaire dépendent de plusieurs facteurs et des décisions prises par un grand nombre de personnes. Ainsi les initiatives émanant du prévenu, qu'il s'agisse des déclarations faites à la police, du choix d'un mode de procès, du plaidoyer, de sa participation à un marchandage de plaidoyer, ou des tactiques employées au cours du procès, lui confèrent un certain contrôle sur l'ensemble du litige, ce qui limite d'autant les pouvoirs du poursuivant.

Les tribunaux ont également, à l'égard de plusieurs aspects de la procédure pénale, un pouvoir assez considérable qui leur est dévolu de plusieurs façons. Parfois, c'est la loi qui le leur confère expressément; c'est le cas du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder ou de refuser un ajournement. Dans d'autres domaines, c'est de façon indirecte mais non moins réelle, soit par le biais de l'obligation qui lui incombe de veiller au respect des règles juridiques de procédure et de fond, que le juge tire l'autorité qu'il possède sur l'ensemble du litige. Ainsi les droits que la procédure reconnaît au prévenu, comme le droit d'opter en faveur de l'une ou l'autre forme de procès qui se rattache à la plupart des infractions punissables par voie de mise en accusation, n'ont pas pour unique conséquence de permettre au prévenu d'influer sur son destin. Ils placent également le tout sous surveillance judiciaire, en ce sens que le juge a le droit et le devoir de faire respecter la procédure qui entoure le choix du type de procès. Il faudrait tout un traité de procédure pénale pour examiner en profondeur l'étendue du pouvoir de décision et de révision appartenant aux tribunaux. Il n'est toutefois pas nécessaire de se lancer dans une telle entreprise pour développer l'idée maîtresse de ce document. La meilleure façon de cerner les problèmes fondamentaux soulevés par cette étude consiste à braquer le projecteur sur le rôle que jouent les tribunaux relativement aux pouvoirs discrétionnaires de la Couronne dont a fait état le chapitre précédent.

L'importance que revêt l'ensemble de ces pouvoirs discrétionnaires tient à la fois aux conséquences qu'il entraîne pour le

prévenu et à l'influence qu'il joue sur le partage des responsabilités entre la Couronne et les tribunaux. Comment le droit cherche-t-il à brider les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne? Les tribunaux hésitent généralement à intervenir lorsque le droit a conféré un pouvoir discrétionnaire au Procureur général ou à ses représentants. Il n'est pas possible de dégager de la législation ou de la jurisprudence une théorie de la révision par les tribunaux des pouvoirs de la Couronne qui soit cohérente ou qui fasse l'unanimité.

Les tribunaux interviennent pour protéger les intérêts du prévenu lorsque la façon dont la Couronne mène la poursuite risque de constituer une atteinte à son droit consacré par le Code «à une défense pleine et entière». Mais là encore on interprète ce droit du prévenu sous réserve des droits de la Couronne, lesquels sont définis avec plus de précision.

Les tentatives de la défense visant à faire réviser les pouvoirs discrétionnaires de la poursuite par le biais des brefs de prérogative n'ont pas souvent été couronnées de succès.

Bien qu'on s'autorise souvent, pour attaquer la légalité des procédures utilisées par la poursuite, du droit à l'application régulière de la loi et des autres garanties se rattachant à la procédure que consacre la Déclaration canadienne des droits de l'homme, on les invoque rarement pour justifier la révision par les tribunaux des pouvoirs discrétionnaires de la Couronne. Les tribunaux ont tendance à interpréter restrictivement les garanties reconnues par la Déclaration en matière de procédure, lorsque le poursuivant détient un pouvoir conféré par une loi ou par le common law. Quelles que soient les possibilités d'évolution jurisprudentielle dans l'interprétation de la Déclaration canadienne des droits, il faut reconnaître qu'elle n'a pas joué jusqu'à ce jour un rôle particulièrement important dans ce domaine.

Cependant il s'est produit, au cours de la dernière décennie, un changement important dans cette attitude de prudence adoptée par les tribunaux. Certains d'entre eux ont affirmé qu'ils détenaient le pouvoir inhérent à leurs fonctions d'interdire la continuation d'une poursuite lorsqu'à leur avis, la Couronne avait utilisé des

procédures oppressives. Ceux qui ont exercé ce pouvoir de mettre fin à une poursuite, ont invoqué le fait que des procédures injustes ou oppressives constituent une utilisation abusive du système judiciaire.

Bien qu'elle aurait eu l'occasion de le faire en 1970 dans l'arrêt *Osborn*, la Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur la validité de cette théorie de l'utilisation abusive du système judiciaire. L'arrêt *Osborn* comporte deux jugements, et l'auteur de chacun de ces jugements a l'appui de deux de ses collègues; le septième membre de la cour s'est déclaré d'accord avec le résultat sans donner de motifs. Le juge Hall a décidé que dans l'espèce, il n'était pas nécessaire d'examiner cette question. Pour sa part, le juge Pigeon estime que les motifs avancés par le juge de première instance ne lui permettaient pas d'exercer le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures. Si l'on s'en tient à une application stricte de la règle du *stare decisis*, ce dernier jugement a simplement décidé que les tribunaux ne peuvent suspendre une poursuite fondée sur une accusation appropriée à la suite d'un acquittement rendu sur une accusation erronée découlant des mêmes faits. On peut néanmoins interpréter certaines affirmations contenues dans le jugement comme un refus de reconnaître la théorie du recours abusif au processus judiciaire. C'est ce qui ressort du passage suivant:

> C'est une règle fondamentale de notre droit, que le devoir des Tribunaux est d'appliquer la loi comme elle est faite et non pas à discrétion. Règle générale, les voies de recours sont de plein droit, *ex debito justitiae*. Certaines ont un caractère discrétionnaire, mais cela n'infirme pas pour autant la règle générale. Je ne vois pas de fondement juridique à la thèse suivant laquelle les voies de recours au criminel peuvent être légalement refusées quand le tribunal juge de façon discrétionnaire que la poursuite est oppressive.

Bien que dans l'arrêt *Osborn*, la Cour suprême ne se soit pas prononcée de façon absolue sur la validité de la théorie de l'abus dans le recours au système judiciaire, certaines décisions subséquentes émanant d'autres tribunaux canadiens appuient le point de vue voulant que la Cour puisse mettre fin à une poursuite lorsque

la Couronne a exercé ses pouvoirs d'une manière qu'elle juge injuste ou oppressive. Dans la plupart des cas, les tribunaux ont évité de trancher la question en décidant que dans l'instance, il n'y avait pas d'abus. Pourtant ils n'en ont pas moins appliqué cette théorie à quelques affaires pour des raisons fort variées. Les pratiques qu'on a le plus souvent considérées abusives sont les retards prolongés imputables à la Couronne, le piège tendu par la police et la réinculpation consécutive au retrait de l'accusation ou à l'arrêt des procédures de la part de la Couronne. Au plan technique, on a invoqué cette doctrine de plusieurs façons: par une requête en suspension des procédures ou en cassation de l'accusation lors des procès par l'une des voies de recours extraordinaires, dans un motif d'appel à l'encontre d'une condamnation, voire même par une requête en cassation avant l'option et le plaidoyer.

L'attitude générale des tribunaux à l'égard du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en est donc une de non-intervention, exception faite de ce principe assez limité mais riche de possibilités qu'est l'abus dans le recours au système judiciaire. Avant de nous demander s'il est souhaitable qu'il en soit ainsi, il convient d'abord d'examiner les nombreuses raisons, tant théoriques que pratiques, qu'on invoque pour justifier l'état actuel du droit concernant la répartition des pouvoirs entre la Couronne et les tribunaux.

III A la recherche d'un principe directeur

Nous tenterons de dégager dans cette Partie un fondement rationnel pour le partage des responsabilités entre la Couronne et les tribunaux. Avant d'énoncer notre position, nous résumerons en ne faisant que quelques commentaires les arguments en faveur de l'attribution à la Couronne de pouvoirs discrétionnaires et les arguments à l'appui de l'attribution aux tribunaux du droit de surveillance sur l'ensemble de la procédure. Nous exposerons dans les chapitres c) et d) la solution que nous proposons pour concilier ces points de vue apparemment contradictoires.

a) Les arguments à l'appui des pouvoirs de la Couronne

(i) Les contraintes d'ordre administratif

Les tribunaux hésitent parfois à surveiller et à réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en invoquant des considérations d'efficacité administrative. Le processus judiciaire n'est pas automoteur. Il doit exister une autorité qui décide de l'opportunité de le mettre en marche et de l'enchaînement des étapes. Notre système judiciaire confère au premier chef cette responsabilité à la Couronne. D'ailleurs lorsque, dans des documents de travail antérieurs, nous avons recommandé qu'on recoure à la sanction pénale avec modération, nous avons plaidé en faveur d'une utilisation accrue de leur pouvoir discrétionnaire par la police et la Couronne, de façon à tamiser un certain nombre d'affaires et à les orienter hors du système judiciaire. Si les tribunaux passaient chaque décision de la Couronne au peigne fin, leur

tâche en serait alourdie d'autant et les litiges risqueraient de s'éterniser inutilement.

La reconnaissance de la nécessité pratique d'octroyer des pouvoirs discrétionnaires à la poursuite semble constituer l'un des motifs qui sous-tend la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Smythe*. Le juge en chef Fauteux, parlant au nom de la cour, a confirmé la légalité du pouvoir dévolu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* au Procureur général de décider de procéder par voie de mise en accusation ou de déclaration sommaire de culpabilité. C'est en rejetant l'argument suivant lequel un tel pouvoir empiète sur le principe d'égalité devant la loi proclamé par la Déclaration des droits de l'homme qu'il a fait les remarques suivantes:

> Il serait impossible, particulièrement en matière criminelle, d'appliquer la loi si un certain pouvoir discrétionnaire n'était dévolu à une personne ayant autorité. Les commentaires suivants de M. le Juge d'appel Montgomery dans l'affaire *Lafleur* sont pertinents et je les fais miens:
>
> [TRADUCTION] Je ne puis concevoir de système d'application de la loi où aucune personne ayant autorité ne serait appelée à décider si une personne doit être poursuivie ou non pour une infraction alléguée. Il se présentera inévitablement des cas où une personne sera poursuivie tandis qu'une autre, peut-être également coupable, ne le sera pas. Un acte unique, ou une série d'actes, peuvent exposer une personne à des poursuites sur plus d'une accusation, et quelqu'un doit décider quelles accusations seront portées. Si une personne ayant autorité, telle que le Procureur général, peut avoir le droit de décider si une personne sera poursuivie ou non, elle peut à coup sûr, si la loi l'y autorise, avoir le droit de déterminer la forme que prendra la poursuite.

(ii) Le système accusatoire et l'impartialité du juge

Le système accusatoire que nous connaissons et son corollaire, l'impartialité judiciaire, tendent aussi à limiter l'étendue du contrôle que les tribunaux peuvent exercer sur la conduite des poursuites. Si le juge devait décider en dernier ressort contre qui une accusation doit être portée, quelle doit en être la nature,

quelles affaires doivent être soumises au tribunal et comment elles doivent être présentées, il ne pourrait jouer le rôle d'arbitre impartial entre les parties. Il deviendrait lui-même partie au litige. La position inconfortable du procureur de la poursuite qui doit concilier le caractère public de sa fonction avec son rôle d'accusateur, deviendrait celle du juge. Rien ne permet de supposer qu'il serait plus facile au juge de résoudre cette quadrature du cercle. D'autant plus que, même si les juges eux-mêmes parvenaient à harmoniser ces exigences contradictoires, l'organisation judiciaire n'y arriverait pas. Pour que les juges puissent exercer une surveillance adéquate sur les pouvoirs de la poursuite, il leur faudrait avoir accès aux renseignements dont dispose la Couronne. Ceci les amènerait à entretenir des relations étroites avec la police, comme le fait maintenant la poursuite. Un tel système est possible, et d'aucuns pourraient même soutenir qu'il serait souhaitable. Mais ce système, qui n'est pas le nôtre, détruirait l'image et probablement aussi la réalité de l'indépendance judiciaire; il trouverait par conséquent très peu de partisans chez les juges, les avocats ou le public en général.

La création d'une catégorie distincte à l'intérieur de la magistrature, dont la fonction consisterait non pas à siéger à l'audience, mais bien à exercer un contrôle sur les décisions de la Couronne tant en matière tactique qu'en matière d'inculpation, répondrait peut-être aux objections soulevées à l'encontre de l'attribution de ces pouvoirs à la branche judiciaire. De cette façon, les juges d'instance ne seraient pas mêlés à la formulation des questions en litige. Il est néanmoins probable que cette nouvelle classe de juges ne se distingueraient guère du poursuivant que par le nom, eux qui s'acquitteraient de fonctions présentement dévolues à la poursuite. Il est difficile d'imaginer les avantages marqués que pourrait avoir un tel système, alors qu'il est facile de constater à quel point son adoption représenterait un changement à la fois radical et coûteux par rapport à la situation présente.

(iii) Les principes constitutionnels et les conventions de la constitution

Les pouvoirs des organismes législatifs canadiens se voient imposer des restrictions par la constitution écrite, l'Acte de l'Amé-

rique du Nord britannique, et dans une mesure moindre, par la Déclaration canadienne des droits de l'homme. Sous réserve de ces restrictions, la souveraineté parlementaire demeure l'un des principes fondamentaux du droit constitutionnel. Il en découle une conséquence importante pour l'objet du présent document. Dans le cadre du partage des responsabilités entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, la volonté du Parlement et des assemblées législatives est souveraine. Nous n'avons pas adopté ici la doctrine de la séparation des pouvoirs qui confère aux tribunaux des pouvoirs inaliénables. La souveraineté du Parlement impose des limites au contrôle des tribunaux en exigeant qu'ils respectent l'autorité conférée à la Couronne de par la loi.

Comme nous l'avons indiqué dans la II[e] Partie du document, le Parlement et les législatures ont conféré à la Couronne des pouvoirs considérables, tout en se réservant comme il se doit la possibilité de les modifier ou de les abroger. Il serait possible d'accroître la portée du droit de révision des tribunaux au détriment des pouvoirs discrétionnaires de la Couronne.

Toutefois des arguments d'efficacité administrative joints aux exigences inhérentes à l'impartialité judiciaire et au caractère contradictoire du système judiciaire militent à l'encontre d'un tel déplacement des pouvoirs. Il faut également mentionner, à l'appui de l'attribution de vastes pouvoirs au Procureur général et à ses représentants, le fait que l'administration de la justice a une dimension politique qui s'ajoute à sa dimension juridique.

Le Procureur général n'est pas seulement un haut fonctionnaire investi de pouvoirs de par la loi. C'est également un politicien: il détient un siège au Parlement ou à l'Assemblée législative et, en tant que ministre, il est responsable de nombreux aspects de l'administration de la justice. Les décisions relatives au fonctionnement de la justice, au choix des lois à appliquer et l'affectation des ressources du système de justice pénale, mettent en cause des considérations très importantes qui se rattachent à l'intérêt public. Elles n'ont pas uniquement un contenu juridique, elles ont aussi une saveur politique très prononcée. Il convient donc qu'elles soient confiées à un personnage qui soit investi de l'autorité

politique tout en ayant à répondre devant le public de l'exercice de cette autorité politique.

Les Procureurs généraux et leurs représentants ne sont pas à l'abri de toute forme de contrôle lorsqu'ils mettent à exécution leurs pouvoirs en matière d'administration de la justice pénale. Si l'activité judiciaire n'a pas été très intense dans ce domaine, cela est dû en partie à l'existence d'autres limites au pouvoir de la Couronne, en l'occurrence la responsabilité politique du Procureur général et le statut quasi judiciaire du Procureur général et de ses représentants.

Le Procureur général doit répondre politiquement devant le chef du gouvernement et la législature à laquelle il appartient de la façon dont lui et ses subordonnés exercent leurs pouvoirs. En dernier ressort, le Procureur général et le gouvernement dont il fait partie peuvent être tenus de répondre de leurs actes devant l'électorat. L'efficacité et la fréquence de ce contrôle politique des pouvoirs de la Couronne sont tributaires d'un grand nombre de facteurs. Néanmoins, l'idée que l'existence d'un contrôle politique compense l'absence d'un contrôle judiciaire revient souvent dans les autorités qui traitent de cette question.

Nous avons hérité du droit britannique un autre principe constitutionnel, qui apporte une réserve à la responsabilité politique du Procureur général et est censé imposer en lui-même un contrôle aux pouvoirs de la Couronne. Le Procureur général est investi, lorsqu'il s'acquitte de son devoir de poursuivant dans chaque cas particulier, d'une responsabilité quasi judiciaire qui emporte un degré d'indépendance à laquelle ne donne habituellement pas droit l'appartenance au cabinet. De par la tradition, il doit décider en toute indépendance ce qu'exige l'intérêt public, sans tenir compte de considérations partisanes ou de pressions provenant de ses collègues à la législature ou au conseil des ministres. Par conséquent, le Procureur général doit répondre politiquement de la politique générale ou de l'administration de son ministère, de même que des décisions relatives à des poursuites particulières, une fois que ces décisions ont été arrêtées.

Cette idée de l'indépendance du Procureur général et de la nature quasi judiciaire de ses pouvoirs se reflète également dans la

conception que se fait le droit du rôle des représentants de ce dernier qui, dans notre système juridique, mènent la plupart des poursuites. Bien qu'il évolue dans le cadre d'un système accusatoire, ses fonctions présentent une caractéristique bien particulière. Il n'est pas d'abord et avant tout le bras de la police, et il ne cherche pas à obtenir une condamnation à tout prix en utilisant toutes les ressources que lui offrent les règles qui régissent le système pénal. De par l'éthique de sa profession il est, comme tout autre avocat, un auxiliaire de la justice; en effet, dans la façon dont il présente la preuve à l'appui de l'accusation, il doit être mû par le respect des règles juridiques et par le désir d'aider le tribunal à rendre une décision juste. Toutefois, en sa qualité de délégué du Procureur général, il représente l'intérêt public dans la bonne administration du droit pénal. C'est pourquoi on s'attend de lui à ce qu'il exerce ses responsabilités en témoignant d'un attachement impartial et sans passion au bien commun. Le juge Rand a déjà déclaré: «Il n'est pas dans le rôle du poursuivant d'entretenir des idées de victoire ou de défaite. La fonction qu'il exerce est axée sur l'intérêt public . . . Il doit la remplir d'une manière compétente avec une conscience aiguë de la dignité, de l'importance et de la justice qui sous-tendent le système judicaire.»

b) Les arguments à l'appui du pouvoir de surveillance des tribunaux

La fidélité aux principes sous-jacents aux pouvoirs de la Couronne s'avère une bien piètre consolation pour le prévenu ou même la victime qui pense avoir été injustement traité. Dans certains cas, le remède que constitue la responsabilité politique du Procureur général connaît certaines limites d'ordre pratique. Tout d'abord, le Procureur général étant un homme fort occupé, il est évident qu'il ne peut vérifier personnellement la conduite de toutes les poursuites. Il délègue cette tâche à l'avocat de la Couronne. Cette délégation de pouvoirs est parfaitement légale, sauf dans les cas où il doit intervenir personnellement pour intenter une poursuite, pour porter directement un acte d'accusation et, de l'avis de certains, pour ordonner un arrêt des procédures. Il n'est donc pas

réaliste de supposer que le Procureur général peut examiner chaque affaire et empêcher ainsi les erreurs et les abus, ou que la législature ou l'électorat a le temps ou le désir de mettre en jeu sa responsabilité politique pour tous les actes de ses subordonnés. C'est uniquement lorsqu'une affaire est particulièrement importante ou qu'elle a reçu une large publicité, que le Procureur général exerce lui-même ses pouvoirs et est tenu responsable devant la législature ou l'électorat.

Comme nous l'avons expliqué plus haut, la tradition d'après laquelle le Procureur général et ses représentants doivent agir indépendamment des influences extérieures dans la conduite des affaires particulières, limite d'autant l'efficacité du contrôle parlementaire ou politique. Le fait qu'il doit exercer son jugement dans un cadre quasi judiciaire ne constitue pas une garantie contre l'existence de toute erreur ou de tout abus. L'avocat de la Couronne est un être humain, et non la personnification infaillible de ce personnage impartial qu'est le ministre de la Justice. Il est sujet à l'erreur tant intellectuelle que morale, il a des préjugés et il se peut qu'il cède à la tentation de «gagner» une affaire. Il lui arrive parfois de s'identifier à la lutte contre le crime et, comme on l'a souligné à plusieurs reprises, ce risque est particulièrement grand lorsque l'avocat est employé à plein temps par la Couronne.

Même lorsque le procureur de la Couronne exerce ses fonctions en toute équité, on ne peut s'attendre à ce qu'il représente les deux parties. Dès que la décision d'intenter des poursuites est prise, il devient un accusateur. C'est à lui qu'incombe la responsabilité de prouver le bien-fondé de l'accusation. On ne peut s'en remettre uniquement à son jugement pour protéger les droits du prévenu, puisque ses premières loyautés sont envers le public.

C'est surtout à partir de l'idée voulant que les contrôles effectués sur les activités de la poursuite, et singulièrement les contrôles politiques, n'ont pas toujours l'efficacité nécessaire pour empêcher des erreurs et des abus dans des cas particuliers, que des tribunaux ont posé leur pouvoir de mettre fin à des poursuites qu'ils estiment abusives. Un juge de la cour du magistrat des territoires du Nord-ouest a récemment adopté cette attitude en décidant qu'il avait le pouvoir d'annuler une accusation qui venait

d'être portée de nouveau à la suite de plusieurs ajournements demandés par la Couronne et de l'internement civil du prévenu. Bien qu'un tribunal supérieur ait infirmé ce jugement pour des raisons de fait, il est difficile de critiquer la sagesse de l'argument invoqué par ce magistrat à l'appui de sa décision:

> Ceci ne veut pas dire qu'un juge a nécessairement un sens plus aigu de la justice que le Procureur de la Couronne. Toutefois, si le tribunal a à cet égard des doutes sérieux, il n'y a aucune raison qu'il ne puisse en tirer les conclusions qui s'imposent. S'il commet une erreur, il y a toujours un tribunal supérieur pour la corriger. Mais si les cours doivent être empêchées de connaître de telles questions, même dans les cas évidents, auprès de qui un défendeur pourra-t-il interjeter appel de la décision du procureur de la couronne? Pour les territoires du Nord-ouest, le Procureur général est habituellement à Ottawa, soit à plus de 1,500 milles, où il s'occupe des questions d'intérêt national de l'heure. Un prévenu des territoires du Nord-ouest doit-il porter en appel une décision du poursuivant devant la Haute Cour du Parlement à Ottawa? Ou sera-t-il admis à le présenter directement au tribunal qui connaît de l'accusation portée contre lui et devant lequel il comparaît en personne ou avec son avocat? S'il faut soumettre le litige au Parlement, le Conseil des territoires n'ayant aucune compétence dans ce domaine, autant dire qu'il n'y a personne auprès de qui on puisse interjeter appel de la décision du poursuivant.

L'opinion exprimée dans cet extrait de jugement s'inscrit dans le prolongement des principes qui servent d'appui à la théorie du pouvoir judiciaire et qui font partie intégrante de notre constitution au même titre que la doctrine de la souveraineté du Parlement et celle de l'autorité et de la responsabilité ministérielles.

A la source du pouvoir judiciaire se trouve le principe voulant qu'en vertu de la constitution, des lois et du common law, des tribunaux ont pour fonction de rendre la justice, ce qui ne va pas sans une certaine forme de surveillance sur la conduite des poursuites.

Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, si cher à notre système juridique, suppose également l'existence d'un certain

contrôle du tribunal sur l'ensemble du litige. La notion d'indépendance signifie ici que dans l'exercice de ses fonctions, le juge doit être à l'abri de toute intervention extérieure, en particulier du Parlement et du pouvoir exécutif. Le juge tranche les questions de droit, tant au niveau de la procédure que de fond et, dans les procès sans jury, il tranche aussi les questions de faits. C'est pourquoi, dans une affaire où on conteste les procédures utilisées par la Couronne, il est inévitable que les tribunaux scrutent ses pouvoirs, étant donné qu'ils doivent déterminer leur étendue et la possibilité de les exercer en l'espèce. Supposons par exemple que la Couronne ait porté une accusation pour une infraction qui a déjà fait l'objet d'un acquittement ou d'une condamnation relativement au même incident, et que la défense attaque la légalité de ces poursuites. Bien que le tribunal auquel est soumis ce litige n'a pas le pouvoir de porter une accusation dont est investi la Couronne, il doit néanmoins se prononcer sur la légalité des poursuites en décidant si le poursuivant a enfreint les règles de common law ou de droit écrit qui interdisent de condamner un individu deux fois pour la même affaire.

La responsabilité particulière reconnue traditionnellement aux juges en matière de protection des droits de l'individu, sert également de justification à l'existence d'un certain pouvoir de surveillance des tribunaux sur la conduite des poursuites. Poussé à son point extrême, ce rôle de défenseur des droits de l'individu pourrait compromettre leur impartialité. Ce risque ne s'est toutefois pas concrétisé, et cette tradition fait partie intégrante de notre système juridique. Elle découle du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif. Elle correspond à la perception et aux attentes des justiciables à l'égard des juges. La Déclaration canadienne des droits de l'homme donne d'ailleurs une sanction législative à cette responsabilité conférée aux tribunaux.

Toute cette discussion indique en définitive que le rôle de surveillance des tribunaux sur l'ensemble du processus pénal repose sur un certain nombre de principes établis. On peut attribuer à plusieurs facteurs le fait que la branche judiciaire n'a pas profité de cette autorité pour usurper les pouvoirs de la Couronne. En premier lieu, le juge ne peut trancher une affaire d'après ses sentiments

personnels. Les préceptes de sa profession lui imposent l'obligation d'appliquer le droit tel qu'énoncé dans les textes de loi et la jurisprudence. Comme nous l'avons expliqué dans la IIe Partie, les tribunaux ont eu tendance jusqu'à ce jour à interpréter le droit de façon à reconnaître à la Couronne de larges pouvoirs discrétionnaires. En deuxième lieu, les décisions du juge, y compris celles qui ont trait à la surveillance des pouvoirs de la Couronne, sont généralement sujettes à révision par les tribunaux supérieurs. En troisième lieu, les contestations relatives à la procédure ont rarement l'allure d'un débat mettant aux prises la Couronne et le juge; les véritables parties au litige sont la Couronne et la défense. L'impartialité du juge le rend apte à trancher ce litige d'une manière équitable à la fois pour la Couronne et le prévenu.

c) Les principes et objectifs fondamentaux

Nous nous efforçons de concevoir un système permettant de répartir de manière satisfaisante les responsabilités entre la Couronne et les tribunaux, tout en contribuant à promouvoir les objectifs fondamentaux de notre système de justice pénale. Il nous faut donc commencer par examiner ceux-ci, avant de poser un fondement rationnel qui permette d'apporter une solution au problème de la surveillance des pouvoirs de la Couronne.

La procédure, le droit de fond et le domaine correctionnel sont intimement liés à l'intérieur du système de justice pénale. Lorsque le Parlement crée une infraction, il ne fait pas qu'ajouter une nouvelle règle au droit de fond; il suscite une série de problèmes nouveaux, tant en matière de procédure qu'en matière correctionnelle. De même, une modification des règles de procédure a des répercussions dans les autres parties du droit. Ainsi, en imposant une limitation aux pouvoirs d'enquête de la police, on peut enlever à certaines prohibitions du droit de fond toute valeur exécutoire. Il est donc nécessaire de faire régner l'harmonie entre les diverses branches du droit et les diverses institutions qui composent le système de justice pénale. Nous avons énoncé, dans les documents de travail précédents, la philosophie qui nous semble de nature à assurer cette intégration harmonieuse.

Le droit pénal ne constitue qu'une des nombreuses méthodes qui permettent de contrôler le comportement des individus et de déterminer le caractère d'une société. La lutte contre le crime est importante pour la société, mais ce n'est pas une fin en soi; c'est uniquement une technique grâce à laquelle la société peut atteindre certains objectifs essentiels, soit la maximisation de la liberté et des possibilités de l'homme dans un État démocratique. Le système de justice pénale ne peut contribuer à la réalisation de ces objectifs que pour une faible part; de plus, son efficacité à prévenir les comportements indésirables est limitée. Or, il entraîne des coûts très élevés, tant au plan économique qu'au plan humain. C'est pourquoi nous avons recommandé d'y recourir avec beaucoup de modération. A tous les niveaux de l'élaboration des politiques en matière de droit pénal et à tous les échelons de l'administration de la justice pénale, il devrait incomber à ceux qui désirent utiliser cette technique de prouver qu'elle constitue la réaction la mieux adaptée au cas d'espèce.

C'est là l'approche que nous avons suggérée dans les documents de travail antérieurs qui traitent de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence, et du choix des comportements qu'il convient d'ériger en prohibitions pénales. C'est également l'approche qui doit imprégner la mise en application du droit pénal et la formulation des règles de procédure.

En matière de procédure, le principe de modération exige donc des détenteurs du pouvoir discrétionnaire de mettre la loi à exécution qu'ils utilisent le processus pénal en dernière extrémité. C'est pourquoi nous avons recommandé dans notre document de travail intitulé *La déjudiciarisation* qu'on incite la police et le poursuivant à orienter hors du système judiciaire, les affaires qui peuvent être réglées autrement; ces derniers devraient en outre être en mesure de justifier leur décision de porter une accusation.

S'il est vrai qu'on doit recourir au processus pénal avec modération, on est quand même obligé de l'invoquer lorsqu'il n'existe aucune autre solution. Il faut donc se doter d'un droit de la procédure qui régisse les poursuites. Quels sont les principes qui devraient l'inspirer? Nous réaffirmons notre point de vue selon lequel l'objectif fondamental du système pénal consiste à maximiser la

liberté et les possibilités de l'homme dans une société démocratique. Il est vrai que cet objectif est vague et qu'il ne permet pas à lui seul de régler tous les problèmes qui se posent à nous. Mais sa force vient précisément de son imprécision. Il souligne à quel point l'élaboration d'un droit rationnel de la procédure n'est pas une tâche facile. La lutte contre le crime et la protection des droits de l'accusé constituent des objectifs plus limités et plus faciles à comprendre, mais ce ne sont pas les buts premiers. En poursuivant l'un de ces objectifs secondaires au détriment complet de l'autre, on risque de dénaturer le système de justice pénale, ou même de le détruire. Le désir d'éliminer le crime doit être tempéré par le respect des intérêts de l'accusé. Inversement, en protégeant l'individu, il ne faut pas sacrifier les intérêts de la société.

Il nous faut équilibrer les divers groupes d'intérêts de façon à réaliser un compromis acceptable qui soit susceptible de promouvoir les objectifs fondamentaux de la société. C'est la seule façon de créer un droit de la procédure qui soit rationnel. Prenons à titre d'exemple la protection contre l'auto-incrimination et l'obligation qu'a la Couronne de prouver le bien-fondé de l'accusation au-delà du doute raisonnable. Ces règles permettent souvent à des délinquants d'échapper à une condamnation: pourquoi donc en tolère-t-on l'existence? La réponse classique veut qu'il soit préférable de relaxer cent coupables que de condamner un innocent. Cette réponse fait preuve d'un grand souci humanitaire et d'un profond sens de la justice, et c'est là une attitude qui doit avoir une place de choix dans le droit de la procédure. Mais ce cliché trahit le but visé par ceux-là mêmes qui l'utilisent. Il fait ressortir l'argument massue invoqué par les partisans d'un régime procédural plus favorable à la poursuite. Ceux-ci demandent à juste titre pourquoi le système pénal devrait être orienté en fonction de la protection de ce seul pauvre accusé innocent, et non en fonction des nombreuses innocentes victimes, actuelles et potentielles, des cent accusés qui sont coupables. On ne peut répondre aux arguments fort logiques fondés sur la probabilité statistique de la culpabilité en se fondant sur le seul désir de protéger l'accusé innocent. Ce n'est là ni l'objectif fondamental ni l'objectif unique du système; si tel était le cas, il suffirait pour l'atteindre de ne jamais poursuivre qui que ce soit.

Les droits de l'accusé n'existent pas dans un vacuum; ils font partie d'un système dans lequel la Couronne, qui représente l'intérêt public, possède aussi des droits. L'accusé a le droit de se taire, mais la poursuite a le droit de présenter en preuve contre lui la déclaration qu'il a faite volontairement. Tous deux ont droit à une audition impartiale et aucun n'a l'assurance de l'exactitude parfaite du processus d'enquête.

Pour être en mesure de comprendre ou de réformer le système actuel, il ne faut pas s'intéresser uniquement aux objectifs secondaires du processus pénal, ou aux droits et intérêts des parties à une poursuite. Il faut évaluer les règles de procédure en fonction de leur répercussion sur l'ensemble du système de justice pénale et, en fin de compte, de leur capacité de favoriser la réalisation des objectifs fondamentaux de la société. Pour juger de la valeur d'une règle de procédure, il ne suffit pas de se demander si elle protège le prévenu contre les pouvoirs de l'État. Il ne faut pas non plus être obsédé par les répercussions d'une règle particulière. Notre interrogation doit être d'ordre plus général: le droit de la procédure réalise-t-il, de concert avec les autres branches du droit pénal, un sain équilibre entre l'application de la loi et la liberté de l'individu?

Il ne faut pas considérer les règles de procédure qui sont favorables à l'accusé et empêchent souvent la condamnation de criminels, comme de généreuses concessions faites à ceux-ci dans le but de leur donner une chance honnête de s'en tirer à bon compte. Des règles de ce genre existent et doivent exister (même s'il n'est pas nécessaire qu'elles conservent leur forme actuelle) pour limiter les immenses pouvoirs de l'État, de ses institutions et de ses représentants. C'est ainsi que la règle suivant laquelle la Couronne doit faire sa preuve au-delà du doute raisonnable, ne sert pas uniquement à mettre l'innocent à l'abri d'une condamnation. C'est une règle qui influence l'administration de la justice en incitant la police à faire soigneusement ses enquêtes, et en obligeant la Couronne à faire preuve de modération en portant des accusations. Par conséquent, ce qui semble à première vue être une règle technique de procédure ou de preuve, constitue en fait une restriction fondamentale du pouvoir de l'État sur l'individu.

A l'inverse, une règle qui semble favoriser la Couronne ne doit pas être jugée uniquement en fonction de sa capacité à soumettre le délinquant à la justice. Il faut aussi évaluer son aptitude à contribuer à l'obtention du niveau général d'obéissance à la loi que nous jugeons souhaitable.

La procédure pénale ne concerne donc pas la seule profession juridique. Les règles de procédure ne font pas que régir la conduite de ceux qui sont mêlés à une poursuite. Elles déterminent le caractère du système de justice pénale, et celui de la société dans laquelle il s'insère. L'adoption ou le rejet d'une règle de procédure particulière affecte la qualité et le degré de liberté qu'offre une société. C'est une décision qu'on ne peut confier uniquement aux avocats. On a souvent comparé un procès pénal à une pièce de théâtre. Dans un certain sens cela est vrai, et à ce titre il a une valeur symbolique et éducative, tant pour les parties que pour le public. Mais le drame qui se joue dans la salle d'audience ne constitue qu'une scène d'un scénario beaucoup plus vaste. Bien qu'elle ne soit pas présentée au prétoire, la scène qui précède le procès met en cause certains des acteurs qu'on retrouve également au procès. Toutefois, la majeure partie du scénario ne concerne pas les personnes présentes à l'audience. Elle a pour thème le fonctionnement du système de justice pénale et ses répercussions sur la société. Nous jouons tous dans ce drame extra-théâtral.

Telle est donc notre approche à la procédure pénale. Nous pouvons maintenant revenir à notre sujet principal.

d) Vers une nouvelle définition du rôle de la Couronne et des tribunaux

A l'examen des arguments relatifs à l'attribution du contrôle des poursuites soit aux tribunaux, soit à la Couronne, il apparaît clairement qu'il n'existe pas de réponse simple. Ce problème est complexe, mais non pas insoluble.

Il faut commencer par dire que les tribunaux tout comme la Couronne ont un rôle légitime à jouer dans l'administration d'une

poursuite. Il reste bien sûr à indiquer en quoi précisément consistent leurs rôles.

Bien qu'en droit actuel, la souveraineté parlementaire restreigne les pouvoirs de la Couronne et des tribunaux, elle ne fait aucunement obstacle à la présentation de propositions visant une nouvelle répartition des responsabilités. Ce que le Parlement a accordé, le Parlement peut le retirer. Dans l'exercice de la compétence sur la procédure pénale, et sous réserve des limites découlant de la compétence provinciale en matière d'administration de la justice, le Parlement a toute la liberté voulue pour repenser les fonctions respectives de la Couronne et de la branche judiciaire.

De quels principes devrait s'inspirer cette répartition des pouvoirs entre les tribunaux et la Couronne?

A notre avis, la réponse à cette question réside dans la distinction entre les aspects politiques et non politiques de l'administration de la justice. Dans la mesure où on parviendrait à la tracer, cette distinction pourrait servir de base à la solution de problèmes précis. Dans ce contexte, une question politique possède une ou plusieurs des caractéristiques suivantes: elle implique la décision d'appliquer ou de ne pas appliquer une loi particulière; elle met en jeu la répartition des ressources, qu'il s'agisse de ressources financières, matérielles ou humaines; c'est une question dont la solution doit tenir compte de l'opinion publique, à une époque et un endroit donnés; elle soumet celui qui doit prendre une décision à son sujet aux pressions de l'opinion publique et à la possibilité d'une sanction telle que la responsabilité devant la législature ou l'électorat, ou encore la destitution pure et simple.

Une analyse des pouvoirs discrétionnaires que détient actuellement la Couronne révèle qu'un grand nombre de ceux-ci présentent des dimensions politiques importantes, dans le sens que nous avons indiqué ci-devant. Ainsi, la décision de porter une accusation, y compris celle d'appliquer une prohibition particulière, le choix de la personne à poursuivre, la nature de l'accusation, la continuation ou l'arrêt des poursuites, a un caractère éminemment politique. Il existe de nombreuses infractions criminelles qui continuent de faire partie des lois du pays longtemps après avoir perdu toute utilité.

Dans d'autres situations, la décision de recourir aux rouages de la justice pénale doit tenir compte de plusieurs facteurs particuliers au cas d'espèce. Il en est ainsi de la rigueur des conséquences pour l'accusé, en comparaison des avantages que la société pourrait tirer d'une accusation de la nécessité de sacrifier une poursuite qui aurait des chances de réussite, dans le but d'accroître les possibilités de succès dans une autre affaire plus importante; ou du besoin de tenir compte des exigences d'un public favorable à la cause de l'accusé. Le zèle qui accompagne l'application des lois, constitue, ou devrait constituer le reflet de leur importance relative dans le maintien de l'ordre public, et du substratum moral inhérent au système juridique. Dans tous les cas, la décision d'intenter ou de ne pas intenter une poursuite affecte la répartition des ressources.

Les décisions relatives à ces problèmes qui ont une saveur politique prononcée, devraient généralement relever des pouvoirs discrétionnaires du Procureur général et de ses représentants. L'exercice de ces pouvoirs ne devrait pas être soumis au contrôle des tribunaux. On pourrait, notons-le, recourir à de nombreuses techniques pour placer ce genre de questions sous surveillance judiciaire; toutefois, cela ne nous semblerait ni souhaitable ni réalisable. Comme nous l'avons déjà affirmé, il est essentiel à une saine administration de la justice de confier à une autorité bien définie, un certain pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions comme celle de porter une accusation ou de n'en pas porter. Le nombre quasi infini de facteurs qui affectent ce type de choix vouerait à l'échec toute tentative visant à éliminer cette discrétion par la création d'un code contenant des règles juridiques détaillées et régissant le processus de décision. Même si cela était possible, le fait de substituer des règles juridiques précises au pouvoir discrétionnaire priverait le système de la souplesse essentielle à l'adoption de mesures adaptées aux circonstances propres à l'infraction, au délinquant, au lieu et à l'époque.

Il est donc impossible d'éliminer le pouvoir discrétionnaire de la poursuite relativement aux questions que nous avons qualifiées de politiques. Il ne serait pas non plus souhaitable ni pratique de soumettre l'exercice de ce pouvoir à une révision judiciaire, ce qui reviendrait dans un sens à remplacer la discrétion du poursuivant

par celle du tribunal. Cela imposerait aux juges un fardeau considérable dont ils ne pourraient s'acquitter que si leur nombre était augmenté de beaucoup, et si le système était modifié de manière radicale, de façon à leur donner accès aux renseignements nécessaires à la prise de ce genre de décisions. Comme nous l'avons expliqué plus haut, un tel système compromettrait leur impartialité à l'intérieur du processus accusatoire et, en les amenant à se mêler de questions politiques très délicates, il mettrait en péril leur indépendance et leur réputation. Bien que la responsabilité politique du Procureur général, et les autres limites imposées au pouvoir de la Couronne soient loin de constituer une garantie certaine contre la commission de toute erreur, elles nous semblent préférables à une inutile politisation des juges.

Si les décisions politiques sont l'apanage de la Couronne, les décisions judiciaires sont du ressort des juges. Il est vrai qu'une question peut avoir des dimensions à la fois politiques et judiciaires. Les deux risquent toujours de se chevaucher jusqu'à un certain point. Le monde judiciaire ne peut pas, et ne devrait pas, demeurer insensible à des considérations de politique sociale ou d'opportunisme politique. Ainsi, lors du prononcé de la sentence, le juge est influencé par la façon dont la société ressent la gravité de l'infraction, et par des questions touchant la répartition des ressources du système correctionnel. Nous ne proposons pas une technique mécanique de prise de décision qui empêcherait le juge de tenir compte de ces facteurs. Nous suggérons plutôt qu'on exclue du processus décisionnel judiciaire les problèmes d'ordre politique que la Couronne est mieux à même de trancher. Ce faisant, nous ne cherchons pas à amoindrir le processus judiciaire, mais au contraire à le renforcer en préservant l'indépendance et l'impartialité des juges.

La décision judiciaire devrait viser d'abord et avant tout à ce que justice soit faite dans chaque affaire. Or, pour atteindre cet objectif, il faut que les juges soient impartiaux et indépendants, et qu'ils soient perçus de cette façon. Il est vrai que le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire est de rendre justice d'une manière équitable pour chacune des parties au litige. C'est la fonction que les juges remplissent tous les jours en interprétant et en appliquant des règles

de fond et des règles de procédure, en procédant à l'établissement des faits et à l'imposition de la peine.

Le grand problème consiste à concevoir un système qui garantisse le mieux possible que justice soit faite dans chaque cas particulier, sans pour autant empiéter sur l'autorité politique qui revient à bon droit à la Couronne. On ne peut confier à la Couronne, étant donné qu'elle est partie au litige, le soin de rendre une décision impartiale. D'autre part, pour les motifs mentionnés plus haut, nous ne pensons pas qu'il soit souhaitable ou possible d'accorder aux juges un pouvoir général de surveillance sur la façon dont la Couronne a exercé son pouvoir discrétionnaire. A notre avis, la solution consiste à donner dans le droit de la procédure une définition aussi claire que possible des rôles respectifs de la Couronne et des tribunaux. Cette définition devrait refléter les objectifs fondamentaux du système pénal, ainsi que la distinction entre les aspects politiques et judiciaires de l'administration de la justice.

Les tribunaux ont le droit et l'obligation de s'assurer de la légalité des actions de la Couronne. Aussi, le droit devrait-il confier à la branche judiciaire l'autorité voulue pour veiller à ce que la procédure soit juste pour les deux parties. Le principe traditionnel voulant que les tribunaux aient un rôle particulier à jouer dans la protection des droits de l'individu face au pouvoir de l'État, devrait se retrouver dans le droit de la procédure. Cela peut se faire, par exemple, par l'insertion de règles concernant les fardeaux de preuve, sans pour autant que l'impartialité des juges ou la responsabilité politique de la Couronne n'en soient amoindries.

Il faudrait abolir les pouvoirs qui ne sont pas essentiels à la Couronne pour lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités, et qui nuisent à une juste solution des litiges. Il conviendrait de remplacer ces pouvoirs par des règles juridiques précises dont l'observation devra faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Dans un tel système, la Couronne conserverait de nombreux pouvoirs discrétionnaires qui ne seraient pas soumis au contrôle judiciaire. Il existe cependant des contrôles de nature non judiciaire qui peuvent empêcher les erreurs et les abus. Nous en parlons plus en détail dans la prochaine partie.

Le rôle du pouvoir judiciaire n'est pas uniquement de s'assurer que justice soit faite dans chaque affaire, comme nous l'avons signalé dans le chapitre précédent; l'administration de la justice ne devrait pas viser seulement à trancher des litiges individuels, elle devrait tendre également à faire en sorte que le système reflète dans son ensemble certains objectifs fondamentaux. La Couronne et les tribunaux ont tous deux des responsabilités dans ce domaine. Le rôle des tribunaux dans la préservation des buts du système prend toute son importance lorsqu'une affaire a commencé en cour la phase accusatoire de son existence. Une comparution devant le tribunal livre la poursuite à l'examen du public de ses agissements. Le déroulement de l'audience publique a donc une influence déterminante sur l'image de la justice, laquelle a, à son tour, une influence déterminante sur l'attitude des citoyens face à la loi. Cette attitude sera défavorable et elle sera négative à l'égard des objectifs recherchés par le droit, à moins qu'il ne se dégage du comportement du juge une impression d'impartialité. On jugera de son impartialité selon le degré d'indépendance qu'il manifestera vis-à-vis des demandes de la Couronne ou de la défense. Bien que nous ne préconisions pas de soumettre tous les aspects de la procédure au contrôle exclusif des tribunaux, à partir du moment où la poursuite est rendue devant la cour, il n'en demeure pas moins que les arguments en faveur d'un contrôle judiciaire deviennent à ce moment plus convaincants. Ainsi le juge de première instance ne devrait pas décider quels témoins convoquer, mais bien surveiller de près l'interrogatoire des témoins, afin de veiller à ce que les règles de preuve soient respectées.

IV Problèmes fondamentaux

a) Introduction

Nous nous attaquerons, dans cette Partie, au problème pratique qui consiste à trouver une façon de partager les responsabilités entre la Couronne et les tribunaux, d'une manière qui reflète les objectifs fondamentaux du système pénal. Nous nous interrogerons également sur les principes qui régissent le problème du contrôle de la procédure. Nous ne pouvons espérer, dans le cadre de ce document de travail, être en mesure de présenter des solutions à tous les problèmes. Nous tenterons toutefois de vérifier la validité de notre hypothèse en l'applicant à la recherche de solutions à certains problèmes particuliers. Le système qui se dégagera de cette étude ne pourra offrir la garantie d'une justice parfaite. Tout au plus pouvons-nous souhaiter qu'il minimise les possibilités d'injustice en confiant les responsabilités à ceux qui sont le mieux placés pour s'en acquitter.

Si nous ne réussissons pas à convaincre le lecteur du bien-fondé de nos recommandations, nous espérons au moins l'avoir persuadé de la nécessité du processus pénal. Il est essentiel, pour en venir à une saine administration de la justice, de rationaliser et de définir les rôles des participants. La poursuite pénale se ramène toujours à une confrontation entre la Couronne et l'accusé. Nous ne voulons pas voir les tribunaux devenir une tierce partie, dans un litige au cours duquel ils disputeraient l'autorité suprême à la Couronne. Il nous paraît donc nécessaire de définir aussi précisément que possible les rôles respectifs de la Couronne et du pouvoir judiciaire.

b) Les compétences fédérale et provinciales

En discutant de la répartition des pouvoirs entre la Couronne et les tribunaux, de même que des pouvoirs discrétionnaires de la Couronne, on est amené inévitablement à traiter du partage des compétences constitutionnelles. Les attitudes, les conditions sociales, le type de criminalité et la manière d'appliquer les lois varient d'une province à l'autre, et même d'une localité à une autre à l'intérieur d'une même province. La procédure doit tenir compte de ce fait, et elle doit faire en sorte que les diverses réactions au crime se modèlent en fonction de ces variations. Ceci est possible de par la répartition des pouvoirs prévue à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, puisque celui-ci confère au Parlement fédéral la compétence en matière de droit criminel et de procédure criminelle, tout en attribuant aux provinces la responsabilité d'administrer la justice. L'administration de la justice dans une province comprend l'institution d'enquêtes et de poursuites relativement à des infractions au Code criminel. Si on exclut le groupe assez restreint d'infractions qui ne figurent pas au Code criminel et pour lesquelles les autorités fédérales peuvent loger et mener une poursuite, les pouvoirs discrétionnaires qui font l'objet de ce document de travail relèvent de la Couronne provinciale.

Bien qu'on ne l'ait jamais défini avec précision, le pouvoir législatif du fédéral en matière de droit criminel et de procédure criminelle semble très vaste et, si on en faisait une utilisation maximale, il pourrait restreindre considérablement la compétence provinciale en matière d'administration et d'application de la loi. Cette constatation saute aux yeux lorsqu'on considère le lien étroit qui existe entre les règles de procédure adoptées par l'autorité fédérale, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les provinces. Chaque règle fédérale de procédure émanant du Parlement fédéral limite la portée du pouvoir administratif ou discrétionnaire des provinces. Selon nous, dans l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels relativement au système de justice pénal, le rôle véritable du Parlement devrait consister à établir, par voie législative, des normes minimales applicables dans tout le Canada. Celles-ci seraient soumises au contrôle judiciaire, comme elles le sont d'ailleurs présentement. Dans les limites ainsi fixées par les lois fédérales relatives à

la procédure, l'autorité des provinces sur les dimensions politiques de l'administration et de l'application du droit criminel serait préservée par le biais du pouvoir discrétionnaire conféré aux responsables des poursuites dans chaque province. Dans le cadre de ce document de travail, il n'est pas de notre propos de déterminer de façon précise les limites des compétences fédérale et provinciales. Toutefois, nous n'envisageons pas à cet égard de changements considérables.

c) Vers une nouvelle façon de porter une accusation

Comme nous avons tenté de le démontrer, le choix de la personne à poursuivre, de l'accusation à porter et du type d'affaires à judiciariser est d'une importance capitale en ce qui concerne le contrôle de la procédure. A notre avis, comme ces décisions comportent d'importantes considérations politiques, elles devraient être du ressort principal de la Couronne. En vertu du droit et des pratiques actuelles, le procureur de la Couronne peut difficilement s'acquitter de cette responsabilité avant la première comparution du prévenu devant le tribunal. Selon nous, l'avocat de la Couronne devrait avoir le droit et le devoir d'intervenir plus tôt qu'il ne le fait présentement. Nous ne trouvons pas satisfaisante la situation actuelle qui permet de contraindre un suspect à comparaître devant le tribunal par l'action combinée du dénonciateur (d'habitude un policier) et d'un juge de paix, sans aucune participation du représentant de la poursuite. Sur le plan des principes, il ne nous paraît pas rationnel qu'une affaire puisse atteindre l'étape de la comparution devant le tribunal, sans que l'accusation ait reçu l'approbation de celui-là même à qui incombe en dernière analyse la responsabilité des décisions en matière de poursuite. Sur le plan pratique le système actuel n'a aucun avantage, si ce n'est d'alléger avant la première comparution la tâche de procureurs de la Couronne souvent surchargés de travail. Loin de nous l'idée de suggérer des modifications qui taxeraient indûment les ressources des services provinciaux de poursuite. Toutefois, il n'est pas certain que le fardeau des avocats de la Couronne s'en trouverait à ce point alourdi si ceux-ci devaient examiner toutes les accusations avant

le débat de la phase proprement judiciaire. Nous croyons que cela pourrait impliquer tout au plus une réorganisation de leurs activités, et peut-être même une diminution du temps consacré à chaque affaire. Si la police a commis des erreurs en portant une accusation contre un suspect, soit dans la formulation de l'accusation, soit dans le fait d'intenter une poursuite sans avoir de preuves suffisantes, ou sans tenir compte de nombreux facteurs qui militent à l'encontre du dépôt d'une plainte, la Couronne aura à un moment ou à un autre à corriger ces erreurs si elle veut s'acquitter de ses responsabilités. Nous ne voyons aucun avantage à attendre le moment de la comparution devant le tribunal pour corriger ces erreurs d'autant plus que cela ne fait qu'occasionner des ennuis au procureur de la Couronne, au juge, à l'accusé et au policier. Le système fonctionnerait mieux et de façon plus rationnelle, si ces erreurs étaient corrigées avant que ne se prenne la décision de contraindre le prévenu à comparaître.

Nous recommandons donc, sous réserve des exceptions énumérées plus loin, qu'aucune poursuite ne puisse atteindre l'étape proprement judiciaire sans l'autorisation préalable d'un procureur de la Couronne.

Toute personne, y compris un simple citoyen ou un policier, continuerait d'avoir le droit de déposer une dénonciation.

Les juges de paix devraient également conserver leur pouvoir d'approuver ou de désapprouver la comparution forcée de l'accusé, du moins pour le moment. Dans les étapes initiales d'une poursuite, l'unique intervention judiciaire est celle du juge de paix. Nous ne sommes pas convaincus de la nécessité à ce stade d'une intervention judiciaire. Nous ne sommes pas persuadés non plus que l'examen de l'affaire par un juge de paix assure, dans la majorité des cas, une protection significative aux droits de l'individu. Malgré tout, nous n'allons pas jusqu'à suggérer qu'il soit écarté du processus d'inculpation et ce, pour un certain nombre de raisons. La nomination et le statut des juges de paix, de même que plusieurs de leurs fonctions, sont de compétence provinciale. Or nous hésitons à recommander des modifications au droit fédéral qui risqueraient d'avoir des répercussions inopportunes sur l'administration de la justice à l'intérieur des provinces. Il nous faudrait avoir plus de renseigne-

ments sur les juges de paix et sur leur travail, avant d'être en mesure de nous prononcer sur leur rôle dans le processus d'inculpation.

Si le juge de paix conserve à toutes fins utiles le pouvoir de refuser de contraindre l'accusé à comparaître, en revanche il ne pourra plus décider seul d'ordonner sa comparution. Nous proposons qu'après le dépôt de la dénonciation et l'approbation par le juge de paix de la continuation de la poursuite, l'affaire soit référée au procureur de la Couronne. Celui-ci aura alors le pouvoir soit de mettre fin à la poursuite, soit de régler l'affaire en dehors du cadre judiciaire, soit de forcer le prévenu à comparaître en autorisant l'émission d'une sommation ou d'un mandat, ou en confirmant l'avis, la promesse ou l'engagement de comparaître. Tout en prenant sa décision relative à la continuation de la poursuite, l'avocat de la Couronne devrait également se prononcer sur la nature de l'accusation à porter et sur la formulation de celle-ci. Il devrait aussi avoir le pouvoir de modifier l'accusation si elle comporte des erreurs de fond ou de forme. Il devrait être tenu de consulter le dénonciateur avant de modifier l'accusation; toutefois, la décision finale sur la nature de l'accusation et sur sa formulation devrait appartenir au procureur de la poursuite, sans qu'il soit besoin de se référer à nouveau au juge de paix. En d'autres termes, si le prévenu comparaît devant le tribunal, ce sera pour répondre à une accusation approuvée avec ou sans modification par le poursuivant.

Nous pensons que les seules exceptions à la procédure que nous venons de décrire concerneraient les cas où le prévenu est incarcéré, de même que les poursuites privées. Nous discuterons dans un chapitre séparé du problème de la poursuite privée. Lorsque l'accusé a été arrêté sans mandat et qu'il est détenu, il devrait avoir le droit d'être amené rapidement devant le tribunal et d'obtenir une décision concernant sa mise en liberté. Il conviendrait de conserver la règle actuelle d'après laquelle le prévenu doit comparaître devant un juge de paix dans les vingt-quatre heures de son arrestation, ou aussitôt que faire se peut. Ce droit ne devrait pas être mis en péril par un retard administratif attribuable à la Couronne. Il devrait être de règle qu'advenant le cas où la Couronne n'a pas encore

autorisé la plainte au moment de la comparution de l'accusé, celui-ci soit libéré purement et simplement.

Si on veut donner plein effet aux propositions dont nous venons de tracer les grandes lignes, il faudra modifier le droit et la pratique de façon à ce que le poursuivant ne se contente pas d'entériner machinalement les décisions de la police. Celle-ci doit fournir des renseignements au procureur de la poursuite de façon exhaustive et sans délai. Les tribunaux devraient être en mesure d'utiliser certaines sanctions à l'encontre de la Couronne, afin d'inciter ses représentants à s'acquitter adéquatement de leurs responsabilités avant de consentir à une poursuite. Ainsi le juge pourrait refuser une remise, ou encore exiger une plus grande précision dans la formulation de l'accusation.

Non seulement l'intervention obligatoire du procureur de la Couronne, avant la comparution du prévenu devant le tribunal, dans la décision de porter une accusation l'aiderait-elle à remplir son rôle de partie au litige, mais elle lui permettrait également d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires en matière de déjudiciarisation. Si, comme nous l'avons suggéré, on doit recourir au processus pénal avec modération, la Couronne devrait être amenée à prendre les décisions qui s'imposent le plus tôt possible, de façon à réduire au maximum, le cas échéant, les coûts inhérents à la mise en branle du système pénal.

Dans notre document de travail sur la *Communication de la preuve*, nous avons recommandé l'abolition de l'enquête préliminaire et la mise sur pied d'un système de communication de la preuve antérieure au procès. L'intervention rapide de l'avocat de la Couronne lui permettra de mieux s'acquitter de ses obligations dans ce domaine. Notre recommandation relative à la communication de la preuve suppose l'abrogation des procédures par voie de mise en accusation et de toutes celles qui s'y rattachent. Le grand jury sera dépouillé du rôle qu'il joue présentement en matière de mise en accusation. Les dispositions du Code, qui accordent au Procureur général et à ses représentants le droit de présenter un acte d'accusation privilégié, seront abrogées. La dénonciation ou son équivalent demeurera donc le seul type d'accusation possible; aussi la procédure de dénonciation prendra-t-elle une importance

encore plus grande qu'à l'heure actuelle. C'est là une raison supplémentaire de veiller à ce que la Couronne intervienne très tôt dans le processus d'inculpation.

L'abolition de la procédure par voie de mise en accusation aura entre autres pour effet de faire disparaître du Code les dispositions permettant au juge de présenter un acte d'accusation privilégié. Comme nous l'avons indiqué dans la deuxième Partie, l'existence de ce pouvoir se concilie difficilement avec le rôle du juge dans le système accusatoire. C'est un pouvoir qui peut avoir une certaine utilité, par exemple pour faciliter la poursuite de représentants gouvernementaux lorsque le Procureur général se refuse à porter des accusations. Toutefois, si une telle situation se produisait, les recommandations que nous formulons plus loin relativement aux poursuites privées offriraient, à notre avis, une solution de rechange valable au système actuel qui confère au juge le pouvoir de présenter une accusation.

Enfin, nous croyons qu'en imposant à la Couronne l'obligation d'examiner toutes les accusations avant la comparution du prévenu devant le tribunal, les rapports entre la police et le poursuivant n'en seraient que plus clairs et plus rationnels. La police continuera de jouer le rôle le plus actif dans les premières étapes du processus pénal. Ainsi, comme nous l'avons proposé dans notre document de travail sur *La déjudiciarisation*, la police devrait avoir discrétion quant à la décision d'inculper un individu ou de régler l'affaire à l'extérieur du système pénal. Toutefois, si une accusation est portée, la responsabilité de mener la poursuite reviendra au procureur de la Couronne.

d) Le marchandage de plaidoyers

Le marchandage de plaidoyers est une pratique courante dans plusieurs régions du pays. D'aucuns y voient une déformation de la justice, alors que d'autres y voient une solution de rechange heureuse au système accusatoire. D'autres encore soutiennent qu'indépendamment de sa valeur intrinsèque, cette pratique est essentielle à une administration efficace du droit pénal. Il n'existe pas de renseignements précis sur la fréquence du marchandage de

plaidoyers et sur la manière dont il s'effectue. Nous en savons toutefois assez pour être en mesure de conclure à la fois qu'il est devenu un aspect important de l'administration de la justice, mais aussi qu'il importe de condamner cette façon de faire.

La polémique qui s'est engagée au sujet du marchandage de plaidoyers provient en bonne part d'un désaccord sur la nature exacte de cette pratique. Nous définissons un marchandage de plaidoyers comme une entente en vertu de laquelle l'accusé consent à plaider coupable, en échange de la promesse d'un avantage quelconque. Les parties à l'entente sont normalement le prévenu et l'avocat de la Couronne, mais il arrive aussi à la police ou au tribunal d'y être partie. Nous limiterons notre propos au type de marchandage de plaidoyers qui semble le plus courant, soit la conclusion d'une entente avec l'avocat de la Couronne. Nous donnerons ensuite notre avis sur le marchandage qui implique la police et les juges.

Le marchandage de plaidoyers entre la Couronne et le prévenu dépend de deux éléments: le droit de l'accusé de plaider coupable, et l'exercice par la Couronne de son pouvoir discrétionnaire, surtout en matière d'inculpation. L'accusé renonce à son droit à un procès en plaidant coupable, en échange de certaines concessions de la part de la Couronne. La Couronne dispose de divers atouts susceptibles d'inciter le prévenu à conclure un marché. Il suffit de mentionner la réduction du nombre ou de la gravité des accusations, le choix de procéder par déclaration sommaire de culpabilité plutôt que par voie de mise en accusation pour les infractions mixtes, et la possibilité de faire des recommandations favorables à l'accusé concernant la peine. Le motif qui pousse l'accusé à négocier une entente consiste habituellement dans l'espoir d'obtenir une sanction légère, alors que la motivation de la Couronne provient le plus souvent de son désir de régler l'affaire en un minimum de temps, avec un minimum d'efforts et à un coût minimal.

A notre avis, les objections au marchandage de plaidoyers sont des plus convaincantes. Ce procédé fait échec à la poursuite des objectifs légitimes du système pénal en plus de miner la justice, tant au niveau des apparences que de la réalité.

Tant que cette pratique existera, les parties feront tout pour renforcer leur pouvoir de négociation. La Couronne aura la tentation de forcer la note en portant des accusations, ou encore d'exagérer la solidité de sa preuve. Pour sa part, la défense risque d'utiliser des procédés dilatoires, de choisir un procès par jury pour renforcer sa position, d'exagérer la qualité de sa défense ou de refuser de plaider coupable, même s'il n'existe aucune possibilité d'acquittement. Ce petit jeu qui précède le plaidoyer devient alors une sorte de rituel n'ayant aucune relation avec la réalité de l'affaire. Le processus de détermination de la sanction est également dénaturé. Dans la mesure où la Couronne a garanti à l'accusé une sentence légère, le tribunal se voit privé de son pouvoir d'imposer une sanction adaptée à l'infraction et au délinquant. Si la Couronne a fait à l'égard de la peine des promesses qui sont tributaires du pouvoir discrétionnaire du juge, l'accusé peut ainsi perdre l'avantage qu'il avait espéré se procurer en échange de son plaidoyer de culpabilité.

Un système dans lequel le bien-fondé d'une accusation prend une importance secondaire par rapport au pouvoir de négociation et à l'habileté des parties, ne peut servir adéquatement ni l'intérêt public ni celui des parties. L'intérêt de l'accusé n'y trouve pas son compte si ce dernier est contraint à plaider coupable en raison de l'échec enregistré par son avocat lors de la négociation. Dans certains cas limites, on peut même le persuader de plaider coupable à une infraction qu'il n'a pas commise. Les intérêts du public ne sont pas protégés si l'exercice par l'avocat de la Couronne de son pouvoir discrétionnaire lui est dicté par des contraintes administratives. Un criminel dangereux ne devrait pas s'en tirer avec une accusation de moindre gravité et une sanction légère, du seul fait qu'il a accepté de plaider coupable et d'épargner ainsi à l'État le temps et les frais d'un procès. La société ne retire pas plus d'avantages d'un plaidoyer de culpabilité obtenu à la suite d'un marchandage et enregistré par l'auteur d'une infraction bénigne qui n'aurait jamais dû faire l'objet d'une poursuite.

Le secret qui entoure généralement le marchandage de plaidoyers accroît encore davantage les méfaits de ce procédé. Il ne faut pas s'étonner si ces négociations mènent à l'enregistrement de plaidoyers de culpabilité contre le gré du prévenu, ou à l'adoption

par l'avocat de la poursuite d'un comportement contraire à l'éthique professionnelle. Or rien de tout cela ne sera révélé à l'audience. Ce qui transparaît devant le tribunal est au mieux une histoire incomplète, et au pire une histoire inexacte. Ni les intérêts du public ni ceux de la victime ne peuvent être protégés si les décisions importantes qui entourent une affaire sont prises au cours de négociations secrètes.

En fin de compte, nous nous opposons surtout au marchandage de plaidoyers parce que cette pratique est en contradiction avec la notion même de justice. La justice ne devrait pas être, et ne devrait pas sembler être, quelque chose qui peut s'acheter à la table de négociations. Un tel système ne peut se mériter le respect ni du public ni du délinquant. Lorsque la Couronne a jugé qu'il est dans l'intérêt public de porter une accusation, le marchandage de plaidoyers ne devrait jamais pouvoir remplacer la décision du tribunal sur la culpabilité ou la sanction.

Certains de ses partisans soutiennent qu'en offrant une solution de rechange au système accusatoire qui se caractérise par son absence de nuances, le marchandage de plaidoyers constitue une façon tout à fait acceptable d'assurer à l'administration de la justice une certaine humanité et une certaine souplesse.

Nous ne partageons pas ce point de vue. Il est vrai que la souplesse, l'humanité et la possibilité de recourir à des méthodes extérieures au système accusatoire pour régler une affaire pénale sont tout à fait essentielles. Cependant, on peut obtenir chacun de ces résultats sans recourir au marchandage de plaidoyers, en utilisant de manière rationnelle les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne. Par exemple, s'il est dans l'intérêt de l'accusé et de la société de porter une accusation pour une infraction mineure punissable d'une peine assez légère, c'est cette accusation que la Couronne devrait porter. Elle a le pouvoir de le faire, sans avoir à soutirer un plaidoyer de culpabilité en menaçant l'accusé de porter une accusation plus grave et moins appropriée aux circonstances de l'espèce. Nous ne nous opposons pas à l'exercice par le poursuivant du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. Toutefois, nous n'hésitons pas à qualifier d'inutile et de condamnable au niveau des principes, et à réprouver cette pratique qui consiste à assujettir l'exercice du

pouvoir discrétionnaire de la poursuite à l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité par l'accusé, et à des considérations d'efficacité administrative.

On entend souvent dire que le marchandage de plaidoyers est nécessaire au maintien d'une proportion élevée de plaidoyers de culpabilité, sans laquelle l'administration de la justice serait à peu près paralysée.

Une diminution importante du nombre de plaidoyers de culpabilité taxerait considérablement les ressources du système de justice pénale. Les longs retards et l'instauration d'une justice «à la chaîne» sont des plaies dont il importe de se protéger. Si le marchandage de plaidoyers peut constituer une façon simple et peu coûteuse d'éviter ces écueils, il n'en demeure pas moins qu'il amoindrit la qualité du système. Une société qui attribue une certaine valeur à la justice devrait être prête à en payer le prix, en affectant des ressources suffisantes au système de justice pénale. De plus, dans le cadre des ressources actuelles, il existe plusieurs procédures qui, tout en ne supposant aucun marchandage de plaidoyers, sont susceptibles de réduire la charge de travail des tribunaux. On peut citer à cet égard la déjudiciarisation.

En outre, il nous semble qu'on a grandement exagéré la relation de cause à effet entre le marchandage d'une part, et un pourcentage élevé de plaidoyers de culpabilité d'autre part. Plusieurs raisons peuvent inciter un individu à plaider coupable, et il existe de nombreuses façons de l'encourager à le faire sans recourir à ce genre de tractactions. Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, certaines incitations au marchandage proviennent précisément du fait que les parties s'attendent à marchander. Elles prennent des positions extrêmes pour améliorer leur pouvoir de négociation. L'attitude des parties serait plus réaliste si elles n'avaient pas à se préparer à des négociations. Si la Couronne s'abstenait de forcer la note au moment de porter des accusations, et si elle adoptait une approche positive et non punitive face à la sanction, les prévenus seraient plus disposés à plaider coupables. Il se peut aussi qu'une communication complète de la preuve par la Couronne avant le procès suscite davantage de plaidoyers de culpabilité, en convainquant l'intéressé de la futilité d'un procès.

Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que le marchandage de plaidoyers se justifie par des considérations d'efficacité administrative. Les données sont, à cet égard, rares et peu concluantes. Même si on arrivait à démontrer d'une manière probante que cette pratique est nécessaire, nous ne pourrions l'incorporer au droit de la procédure qu'avec cette réticence qui accompagne inévitablement le sacrifice d'un principe sur l'autel de la contrainte administrative. Il se peut que le marchandage de plaidoyers mène à une économie de temps et d'argent, mais nous ne sommes pas certains que cette économie en vaille la peine.

Les objections que l'on peut faire au marchandage de plaidoyers par la Couronne s'appliquent également aux tractations émanant de la police. Celles-ci présentent aussi un inconvénient supplémentaire, dans la mesure où elles amènent la police à être mêlée à la décision de porter une accusation et à d'autres décisions analogues qui devraient être du ressort de la Couronne.

Il est rare que le juge participe au marchandage de plaidoyers. Toutefois, des critiques du marchandage effectué par la Couronne ont soutenu qu'en le plaçant sous surveillance judiciaire, ce procédé s'avérerait beaucoup plus acceptable. On a suggéré plusieurs modalités de participation judiciaire. A notre avis, aucune d'elles n'est satisfaisante. Certaines des propositions mettraient en danger l'impartialité des juges, et forceraient ceux-ci à trancher des questions qui relèvent plutôt de la responsabilité politique de la Couronne. Il est des formes de surveillance judiciaire qui pourraient avoir l'avantage d'éliminer le secret qui entoure le marchandage de plaidoyers, et de protéger les droits de l'accusé. Cependant ces avantages, de même que d'autres auxquels on pourrait songer, constituent tout au plus des améliorations mineures qui ne peuvent remédier aux vices fondamentaux de cette pratique. Dans un sens, la participation judiciaire au marchandage de plaidoyers serait la pire façon de régler le problème, car elle conférerait la légitimité d'une institution juridique à une pratique qui dénature l'administration de la justice.

Nous recommandons donc l'élimination du marchandage de plaidoyers. Ceci peut se faire sans passer par la voie législative. Il suffit que les Procureurs généraux émettent des directives à cet

effet à l'intention de leurs représentants, et que les juges se servent de leur influence pour décourager le recours à ce procédé.

e) La poursuite privée

Bien que la grande majorité des poursuites soient menées par les représentants de la Couronne, tout citoyen a le droit de déposer une dénonciation et d'engager une poursuite, soit personnellement, soit par l'entremise de son procureur. Le droit pour un individu de porter une accusation au nom du Souverain ne fait pas l'ombre d'un doute pour ce qui est des déclarations sommaires de culpabilité. De plus, on lui reconnaît généralement ce droit relativement au procès sommaire d'une infraction régie par la procédure de mise en accusation, et à l'enquête préliminaire d'une cause destinée à être jugée par un tribunal supérieur. Étant donné les règles qui gouvernent la présentation d'une accusation privilégiée, le poursuivant privé ne peut, sans l'assentiment du Procureur général, de son représentant ou de la cour, plaider devant un tribunal supérieur une affaire relevant de la procédure de mise en accusation.

Mise à part la possibilité de déposer une dénonciation, le droit devrait-il accorder au simple citoyen un quelconque statut de poursuivant? Bien que la question ne se pose pas fréquemment, il existe des situations où le citoyen peut avoir un intérêt légitime à porter une accusation lorsque la Couronne ne l'a pas fait. Il en est ainsi du cas où la victime d'une infraction désire voir le délinquant traduit en justice. Il se peut aussi que tout en n'étant pas lui-même la victime, un citoyen ne partage pas l'hésitation de la Couronne à loger une poursuite dans certaines situations particulières. Par exemple, dans le cas d'une poursuite contre un représentant du gouvernement, ou contre l'auteur d'une infraction commerciale ou d'une infraction relative à la protection de l'environnement, il peut être tout à fait légitime de conférer au poursuivant privé le droit de prendre les devants par suite de l'inaction de la Couronne.

Nous sommes donc d'avis qu'il devrait être possible d'intenter une poursuite privée. Toutefois, la procédure doit faire en sorte que celle-ci ne serve pas à harceler l'accusé ni ne permette de con-

tourner la responsabilité qui incombe en dernière analyse à la Couronne de se faire le défenseur du bien commun. Si on veut réaliser un compromis acceptable entre la responsabilité générale de la Couronne en matière d'application de la loi, et les intérêts particuliers du poursuivant privé, nous recommandons l'adoption de la procédure qui suit.

Il convient de conserver le droit de tout citoyen de déposer une dénonciation. La procédure à suivre par la suite devrait être fonction du statut du juge de paix qui reçoit cette dénonciation. Si le juge de paix est également un magistrat ou un juge il devrait, avant de mettre le processus en branle à la demande du dénonciateur privé, donner à la poursuite l'occasion de présenter une preuve et de faire des représentations. Il devrait également s'il le juge opportun permettre au prévenu de se faire entendre. La décision du juge ou du magistrat d'autoriser ou d'interdire la poursuite privée serait finale. Dans le cas où il autoriserait la poursuite, il mettrait le processus en marche de la façon habituelle.

Si le juge de paix qui reçoit la dénonciation n'est ni un magistrat ni un juge, l'accusé devrait être tenu de comparaître pour répondre à l'accusation lorsque le procureur de la Couronne et le juge de paix approuvent la poursuite. Si le juge de paix ou l'avocat de la Couronne refuse de consentir à la poursuite, le dénonciateur privé devrait être autorisé à demander, relativement à cette question, la tenue d'une audition présidée par un juge ou un magistrat. Lors de cette audition le dénonciateur, le représentant de la Couronne et (avec le consentement du juge ou du magistrat) le prévenu devraient avoir le droit de comparaître, de présenter une preuve et de faire des représentations. La décision du juge ou du magistrat d'autoriser la poursuite et de mettre le processus en branle serait finale.

Lorsqu'une poursuite privée a reçu l'approbation requise telle qu'indiquée dans les paragraphes qui précèdent, le dénonciateur devrait être admis à mener la poursuite du début à la fin, sous réserve de ce que nous dirons à la fin de ce chapitre au sujet du droit d'intervention de la Couronne. Lorsqu'un simple citoyen a assumé la responsabilité d'une poursuite, il nous semble qu'en toute justice on devrait trouver une façon quelconque de lui rembourser ses frais à même les deniers publics.

Toutefois, la Couronne devrait conserver sa responsabilité finale à l'égard de toute poursuite privée. Le Procureur général ou son substitut devrait avoir le pouvoir d'autoriser personnellement ses représentants à intervenir soit pour mettre un terme à la poursuite, soit pour en prendre la direction. Tout en convenant de la nécessité de donner pleine reconnaissance aux droits du citoyen, et particulièrement à ceux de la victime, nous recommandons que le Procureur général conserve ce type de contrôle de la procédure, de façon à ce que les questions importantes d'intérêt public demeurent sous sa surveillance, lui qui est le premier responsable de l'application de la loi. La nécessité de préserver le secret qui entoure l'enquête et le risque de compromettre la bonne marche de celle-ci en raison de la preuve présentée au cours d'une poursuite privée, ou encore l'existence d'une décision prise à l'échelon politique de ne pas appliquer une loi particulière sont autant de situations qui rendent nécessaire cette restriction imposée au droit du citoyen d'intenter une poursuite. Il se peut aussi que ces limites apportées au droit d'engager une poursuite privée, encouragent la prévention du crime et la recherche de méthodes non judiciaires visant à résoudre un problème particulier. Les compagnies qui sont victimes d'infractions mineures ne devraient pas être admises à utiliser le processus pénal à mauvais escient pour régler des situations dont la solution se trouve plutôt au niveau de l'amélioration des mesures de sécurité ou de la conclusion d'arrangements à l'amiable.

Selon nous, l'obligation imposée au Procureur général ou à son substitut de décider personnellement de l'opportunité de prendre l'accusation en main ou de l'arrêter, et l'hésitation qu'ils manifesteront en règle générale à renverser une décision judiciaire autorisant la poursuite, constituent autant de garanties efficaces contre l'utilisation abusive de ce pouvoir.

Tout en suggérant l'imposition de certaines limites au droit du citoyen d'intenter une poursuite privée, nous croyons que ces restrictions affecteront la victime uniquement dans les diverses phases accusatoires du processus pénal. Dans les procédures de type non accusatoire, y compris les systèmes de déjudiciarisation et d'indemnisation, les recommandations qu'on trouve dans les documents de travail antérieurs feraient jouer à la victime un rôle de premier plan.

f) La responsabilité personnelle du Procureur général

Le système de justice pénale ne pourrait pas fonctionner si le Procureur général devait surveiller ou prendre personnellement charge de chaque affaire. Il est évident qu'il doit déléguer nombre de ses pouvoirs à ses représentants. Malgré cela, il n'en assume pas moins la responsabilité globale de l'administration de la justice pénale. Pour ce faire, il a recours à des méthodes indirectes visant à surveiller le travail des avocats de la Couronne. S'il veut exercer un contrôle réel, le Procureur général doit recruter des avocats compétents, exiger de ses représentants locaux qu'ils lui fassent rapport périodiquement de leurs activités, et implanter un système efficace de gestion.

Nous proposons en outre que le Procureur général émette, à l'intention de ses représentants, des directives énonçant les politiques à suivre dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui leur sont conférés. Ces énoncés de politiques sont de nature à renforcer l'autorité du Procureur général sur les avocats de la Couronne. Ils peuvent également servir à le rendre responsable politiquement de son administration du droit pénal. A cette fin, nous recommandons que ces directives soient publiées. Elles auront pour le public un intérêt et une importance indéniables. Même si nous ne proposons pas qu'elles aient force de loi et qu'elles fassent l'objet d'une révision de la part des tribunaux, nous pensons qu'elles devraient être étudiées et discutées publiquement, de façon à ce que le Procureur général ait à répondre de ses politiques devant la population.

Il est quelques situations où le Code impose au Procureur général ou à son substitut le devoir de prendre personnellement certaines décisions. Du point de vue du contrôle ces dispositions offrent de nombreux avantages. Grâce à elles, les décisions émanent du principal responsable de l'application de la loi, lequel est probablement le mieux placé pour exercer le jugement politique qui s'impose en l'espèce. Certaines de ces règles de droit, comme celles qui exigent le consentement du Procureur général à la mise en branle d'une poursuite, mettent de l'avant le principe de modération. D'autres, comme les articles du Code qui imposent au Procureur général l'obligation de présenter personnellement un acte d'accusation privilégié, posent des limites à l'emploi de procédures

d'exception qui peuvent s'avérer préjudiciables au prévenu. De plus, et cela est très important pour les fins de notre document, ces dispositions font de la responsabilité politique une solution de rechange pratique à la surveillance par les tribunaux de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du poursuivant.

Nous sommes donc d'avis que la technique consistant à imposer au Procureur général une responsabilité personnelle mérite qu'on la conserve et qu'on l'utilise pour contribuer à résoudre la question du contrôle de la procédure. Bien sûr, cette méthode n'est pas adaptée aux problèmes routiniers de la vie quotidienne, et on doit la réserver pour les situations particulièrement exceptionnelles et importantes. Il serait sans doute préférable, pour des raisons purement pratiques, que la loi autorise dans certaines situations la délégation de cette responsabilité au substitut du Procureur général.

Dans les paragraphes qui suivent, nous fournirons des exemples de situations qui à notre avis, se prêteraient à l'imposition de la responsabilité personnelle au Procureur général ou à son substitut. Certaines de ces situations sont tirées du droit actuel alors que d'autres supposent des modifications législatives.

Tout pouvoir attribué à la Couronne, qui permet de faire exception à la procédure normale et est susceptible de causer un préjudice grave à l'accusé, devrait être exercé personnellement par le Procureur général ou à tout le moins par son substitut. Il faudrait assortir cette garantie d'une demande de procès par jury qui se heurte à l'opposition du prévenu. Comme nous l'avons indiqué dans la deuxième Partie de ce document de travail, le Code permet au Procureur général (et non à son substitut) ou à une personne munie du consentement d'un juge, de présenter un acte d'accusation privilégié lorsqu'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire ou que celle-ci s'est terminée par la libération du prévenu. Cette procédure est utile en ce qu'elle permet à la Couronne de faire subir son procès à un individu en peu de temps et à peu de frais, et de corriger les erreurs commises au cours de l'enquête préliminaire. Toutefois, lorsque l'accusé désire exercer son droit à une enquête préliminaire ou veut se voir appliquer les conséquences ordinaires d'une libération, la procédure par voie d'accusation directe constitue un empiétement sérieux sur les garanties procédurales normales. S'il est nécessaire de conserver cette procédure, son utilisa-

tion devrait encore, comme c'est le cas présentement, être sujette à l'autorisation soit du tribunal, soit du Procureur général. Advenant le cas où on abolirait l'enquête préliminaire et la procédure par voie de mise en accusation, comme nous l'avons recommandé dans notre document de travail sur la *Communication de la preuve*, cette question n'aurait plus qu'un intérêt théorique.

Nous croyons également nécessaire de subordonner, par voie législative, la répression de certaines infractions au consentement du Procureur général ou de son substitut. Il ne nous est pas possible, dans le cadre de ce document, d'examiner les infractions particulières qui pourraient être soumises à cette exigence. Un tel procédé a cet avantage qu'il permet d'assurer une certain uniformité dans l'application de la loi. Il peut aussi inciter le poursuivant à la modération au moment où celui-ci décide de l'opportunité de poursuivre l'auteur d'une infraction qui met en jeu de délicates questions politiques ou qui divise l'opinion publique. Ainsi cette règle permettrait, à l'égard de l'infraction de nudité dans un endroit public, de mettre un frein aux ardeurs d'un procureur de la Couronne trop zélé ou puritain. En ce qui concerne la corruption d'un détenteur de charges judiciaires, la règle du consentement empêche le harcèlement de l'ensemble des juges, et elle leur permet par le fait même de sauvegarder leur indépendance.

La détention préventive constitue l'une des sanctions les plus sévères que possède le droit canadien. Dans notre document de travail intitulé *Emprisonnement et libération*, nous en avons recommandé l'abolition. Tant qu'elle demeurera en vigueur, on devrait y recourir avec minutie. C'est pourquoi nous sommes partisans de la règle qui soumet à l'approbation du Procureur général ou de son substitut toutes les demandes de détention préventive.

Le droit qu'a la Couronne de se pourvoir en appel devrait continuer à être soumis à l'autorisation du Procureur général ou de son substitut. Cette règle limite les dépenses publiques inhérentes aux procédures d'appel. En outre elle met l'accusé à l'abri des litiges inutiles, tout en constituant une façon efficace de contrôler le travail de l'avocat de la Couronne.

Nous avons suggéré, dans un chapitre précédent, que la Couronne ne puisse prendre en main ou arrêter une poursuite

privée ayant reçu l'approbation du tribunal, qu'avec l'autorisation personnelle du Procureur général ou de son substitut.

Il conviendrait de dissiper le moindre doute au sujet du droit qui régit l'arrêt de l'instance, en indiquant clairement qu'il exige de façon absolue l'autorisation personnelle du Procureur général ou de son substitut. Cette procédure présente une importance particulière relativement au problème du contrôle, en ce qu'elle constitue la forme d'immixation la plus évidente dans une affaire dont est déjà saisi le tribunal. C'est pourquoi on devrait utiliser le pouvoir de mettre fin à l'instance avec infiniment de réserve, de crainte de supprimer toute apparence de justice ou de détruire l'indépendance judiciaire.

Nous voulons également proposer une autre technique qui permettrait de mettre en jeu la responsabilité personnelle du Procureur général. Jusqu'ici, nous avons limité nos commentaires aux dispositions législatives exigeant la décision personnelle du Procureur général ou de son substitut dans certains domaines particuliers. Ne serait-il pas possible d'accorder au juge le pouvoir de demander au Procureur général de donner son consentement à la continuation d'une poursuite? Nous pensons au cas où la Couronne a exercé ses pouvoirs conformément à la lettre de la loi, mais d'une façon qui s'avère oppressive pour l'accusé ou qui dégrade l'image de la justice.

Si le tribunal est d'avis que la Couronne a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière abusive, il pourrait suspendre l'audience pour obtenir l'avis du Procureur général. Le juge lui ferait parvenir un rapport et lui demanderait de décider s'il convient de continuer la poursuite. Le Procureur général ne réviserait pas l'affaire dans un cadre accusatoire, mais il aurait toute liberté de consulter qui il voudrait, y compris les parties au litige. Il aurait le pouvoir discrétionnaire absolu d'exiger la continuation des poursuites. On pourrait aussi imaginer un autre système en vertu duquel le juge serait autorisé à soumettre la question à l'opinion du juge en chef de la Cour supérieure de juridiction criminelle. S'il jugeait les procédures abusives, ce dernier pourrait à son tour référer l'affaire au Procureur général.

Cette procédure qui consiste a référer une affaire au Procureur général avant de continuer la poursuite, comporte plusieurs avantages. Elle permet de ne confier au pouvoir judiciaire aucune décision qui doit demeurer du ressort de la Couronne. De plus, elle évite au législateur de s'attaquer à la tâche ardue de tenter de codifier les règles de droit qui investiraient le tribunal de l'autorité voulue pour contrôler l'exercice de ses pouvoirs par la Couronne. A titre d'illustration, nous croyons que la plupart des décisions rapportées dans les recueils de jurisprudence, qui traitent de l'utilisation abusive du processus pénal auraient pu être résolues de manière satisfaisante par le biais de cette technique. Celle-ci offrirait une garantie contre l'arbitraire de la Couronne ou des tribunaux. Les tribunaux hésiteraient à référer au Procureur général des affaires sans importance. De son côté, si une cause lui était référée, il répugnerait au Procureur général d'ordonner la continuation d'une poursuite désapprouvée par le tribunal, à moins qu'il n'existe des motifs d'ordre public extrêmement graves de ce faire.

g) Vers une limitation du pouvoir discrétionnaire de la Couronne

Certains pouvoirs discrétionnaires que la Couronne détient sous l'empire du droit actuel ne servent ni l'un des objectifs fondamentaux du système, ni l'autorité politique légitime de la Couronne. Certains d'entre eux semblent devoir leur existence au seul fait que les tribunaux pas plus que le Parlement n'ont soumis ces questions à une règle juridique quelconque. Nous pensons que le Parlement devrait substituer une disposition législative ou discrétionnaire du poursuivant chaque fois qu'il existe une possibilité d'utilisation abusive de ce pouvoir et qu'aucun des intérêts vitaux de la Couronne n'est en jeu.

Nous avons déjà recommandé, dans notre document de travail sur la *Communication de la preuve*, que l'on remplace les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne en matière de communication de renseignements à l'accusé avant le procès, par des règles précises régissant la communication de la preuve. Ce sont les tribunaux qui,

en vertu de ces recommandations, superviseront la communication de la preuve.

Il ne nous est pas possible, dans le cadre de cette étude, d'analyser en détail tous les pouvoirs discrétionnaires qu'on pourrait faire disparaître au profit de règles juridiques précises. Qu'à cela ne tienne, voici certains domaines qui pourraient faire l'objet d'une modification dans ce sens.

Compte tenu de l'inflation judiciaire qui marque notre système pénal, il s'impose de réformer les règles de droit relatives aux poursuites successives et multiples. Plusieurs arrêts qui portent sur l'utilisation abusive du droit pénal se sont penchés sur ce problème. La trop grande imprécision de la règle de droit a mené à un élargissement excessif du pouvoir discrétionnaire de la Couronne. Les plaidoyers d'*autrefois acquit* et d'*autrefois convict* ont reçu une interprétation restrictive, de sorte qu'ils ne permettent pas de résoudre plusieurs des problèmes qui se soulèvent dans ce domaine. Les développements qu'ont connus les principes de common law interdisant de mettre le prévenu deux fois en péril pour le même fait punissable, ne se sont pas avérés suffisants pour donner naissance à des règles précises restreignant le pouvoir de la Couronne de multiplier les chefs d'accusation ou d'intenter des poursuites successives découlant du même incident.

La même imprécision entoure le retrait et le rejet de l'accusation qui font suite à l'incapacité de la Couronne d'offrir quelque preuve que ce soit. Un arrêt récent ayant décidé que ni la Couronne ni le tribunal n'ont le droit de retirer une accusation, il semble évident qu'une clarification de la règle de droit s'impose à ce sujet. Le Code devrait contenir des dispositions régissant la cessation d'une poursuite et les effets que celle-ci entraîne. Nous avons décrit la procédure relative à la phase antérieure à la comparution devant le tribunal, dans un chapitre précédent qui traitait du processus d'inculpation. D'après cette proposition, l'avocat de la Couronne aurait le pouvoir de mettre fin à une poursuite à ses étapes initiales, sous réserve des droits d'un poursuivant privé. Une fois que l'affaire a atteint la phase proprement judiciaire, le pouvoir de mettre fin aux procédures devrait être soumis à certains contrôles. Dans les causes d'une importance exceptionnelle, on pourrait utiliser les

dispositions du Code actuel relatives à l'arrêt des procédures, comme nous l'avons suggéré plus haut; l'obligation d'obtenir la décision personnelle du Procureur général ou de son substitut servirait de garantie contre la possibilité d'abus. Dans d'autres affaires, il serait souhaitable qu'il y ait une certaine forme de contrôle judiciaire. Nous ne pensons pas qu'il soit possible d'obliger la Couronne à continuer une poursuite contre son gré. Toutefois, le Code devrait conférer au tribunal le pouvoir de préciser les conséquences de l'arrêt de l'instance sur les poursuites susceptibles d'être engagées par la suite contre le prévenu. Ainsi, la Couronne pourrait se voir obligée de motiver sa demande de retirer la plainte ou sa décision de ne présenter aucune preuve. Le juge déciderait alors s'il y a lieu de déclarer irrecevable toute poursuite future intentée contre l'accusé soit pour la même infraction, soit pour le même incident. Il devrait également être autorisé à adjuger des frais au prévenu, si la cause prend fin sans qu'il n'y ait eu de décision sur le fond du litige.

Il faudrait aussi examiner le droit régissant la formulation de l'accusation. La réforme de cet aspect de la procédure n'aurait pas nécessairement pour but de limiter les pouvoirs de la Couronne en matière d'inculpation. Elle viserait plutôt à le clarifier et à le simplifier. Nul doute que l'élimination de la technicité et de la confusion qui entourent les problèmes relatifs à la «duplicité» et à la «suffisance» de l'accusation, serait bien accueillie par tous les intéressés. Les limitations du pouvoir discrétionnaire de la Couronne qui pourraient résulter d'une clarification du droit, ne porteraient pas atteinte à l'autorité légitime de la Couronne. La suggestion que nous avons faite relativement à la participation de l'avocat de la Couronne à la décision de porter une accusation avant la première comparution devant le tribunal, contribuerait selon nous à faciliter la réforme de cette branche du droit.

V Conclusion

Le présent document a surtout traité de la répartition entre la Couronne et les tribunaux des diverses responsabilités relatives au contrôle des poursuites pénales. Nous avons tenté de faire ressortir l'importance de cette question, et de présenter un fondement rationnel en vue d'une définition du rôle de la Couronne et du pouvoir judiciaire. Nous avons établi une distinction entre les aspects politiques et les aspects non politiques de l'administration de la justice. Dans la mesure du possible, les décisions politiques devraient être du ressort de la Couronne. Leur rôle premier étant de trancher des litiges, les tribunaux doivent donc être tout à fait impartiaux et indépendants. Nous avons donc, dans les suggestions que contient ce document concernant la répartition des responsabilités entre la branche judiciaire et la Couronne, tenté de renforcer l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, tout en maintenant la responsabilité politique de la Couronne.

Nous avons mis l'accent sur les relations qui existent entre le pouvoir discrétionnaire de la Couronne et le rôle décisionnel des tribunaux. Le risque que la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire de manière abusive a constitué l'une de nos préoccupations principales. Nous avons mis de l'avant deux méthodes principales visant à résoudre ce problème. Il conviendrait d'abord d'accroître le degré de responsabilité personnelle et de responsabilité politique du Procureur général. Il faudrait ensuite substituer des règles juridiques précises aux pouvoirs discrétionnaires qui ne sont pas essentiels à l'activité de la Couronne et qui peuvent être la cause de certains abus, de façon à placer ces divers domaines sous surveillance judiciaire.

Après mûre réflexion, nous avons écarté la possibilité de permettre au pouvoir judiciaire de contrôler dans leur ensemble les

pouvoirs discrétionnaires de la Couronne. Plusieurs raisons nous ont incités à prendre cette décision. En premier lieu, nous pensons que ce pouvoir de surveillance imposerait aux tribunaux un fardeau qu'ils ne pourraient assumer. En deuxième lieu, il n'est pas possible de les mettre en possession de tous les renseignements voulus pour leur permettre de réviser de façon adéquate des décisions du poursuivant. En troisième lieu, le fait pour les tribunaux de réviser les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne les engagerait dans des controverses politiques, ce qui n'est pas souhaitable, en plus de les identifier de trop près aux fonctions propres à la police et à la poursuite.

Enfin, nous ne voyons pas la nécessité de mettre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne sous contrôle judiciaire. Les règles du droit actuel, auxquelles s'ajouteront les réformes que nous avons proposées dans ce document, devraient suffire pour permettre aux tribunaux de veiller à ce que justice soit faite. Le pouvoir du juge d'interpréter et d'appliquer les règles de fond et de procédure et le rôle qu'il joue, dans un procès sans jury, au niveau de l'établissement des faits, lui permettent d'exercer un contrôle important sur la façon dont une poursuite est menée. Grâce au degré de discrétion très étendu qu'il possède concernant la détermination de la sanction, et à cet égard on peut penser en particulier à la possibilité d'accorder une libération, le juge sera en mesure d'atténuer de façon significative la rigueur des procédures adoptées par la poursuite. Si on donnait suite à notre proposition visant à référer au Procureur général les affaires dans lesquelles on prétend qu'il y a eu abus, les tribunaux disposeraient d'une méthode efficace pour régler la plupart des cas où la Couronne a outrepassé ses pouvoirs discrétionnaires.

Il se peut que les propositions contenues dans ce document ne reçoivent pas une approbation générale. Il n'est pas possible de faire l'unanimité au sujet des problèmes fondamentaux de procédure pénale. Toutefois, nous espérons avoir réussi à susciter la discussion sur ces diverses questions.